

Totalentreprise utvalgte risikoområder

Kandidatnummer: 665
Leveringsfrist: 25.04.08

Til sammen 17868 ord

25.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING OG AVGRENSNING</u>	<u>2</u>
1.1	Presentasjon av fremstillingen	2
1.2	En innføring, samt presisering av sentrale begreper	2
1.2.1	Entreprise	2
1.2.2	Entrepriseformer	3
1.2.3	Prosjektering	3
1.2.4	Risiko	4
1.3	Fordeler og ulemper med totalentreprisen / valg av entrepriseform	7
1.3.1	Fordeler	7
1.3.2	Ulemper	8
1.4	Rettskildesituasjonen	8
1.4.1	Preseptorisk lovgivning	8
1.4.2	Kontrakten	8
1.4.3	Norsk Standard	9
1.4.4	Rettspraksis	10
1.4.5	Bakgrunnsrett	10
1.4.6	Utenlandske rettskilder	10
1.5	Kort om kontraktsinngåelsen	11
<u>2</u>	<u>RISIKOPLASSERING – UTVALGTE EMNER</u>	<u>12</u>
2.1	Innledning og problemstilling	12
2.2	Metoden på området	12
2.2.1	Avtalefrihet	13
2.2.2	Avtalen	13
2.2.3	Risikofordelingen følger funksjonsfordelingen	13

2.3	Risikoen for valg av løsninger	16
2.3.1	Kontrakten	16
2.3.2	Norsk standard	16
2.3.3	Konklusjon	24
2.4	Prosjekteringsrisikoen	24
2.4.1	Krav til prosjektering	25
2.4.2	Risikoen for prosjekteringen	25
2.4.3	Konklusjon	29
2.5	Funksjonsrisikoen	29
2.5.1	Avtalens krav til prosjektet	30
2.5.2	Norsk standard	30
2.5.3	Allmenne normer	32
2.5.4	Funksjonsrisikoen	32
2.5.5	Konklusjon	35
2.5.6	Unntak	35
2.5.7	Konklusjon	36
2.6	Utviklingsrisikoen	36
2.7	Lokale forhold og grunnforhold – faktiske forhold –	38
2.7.1	Lokale forhold	38
2.7.2	Grunnforhold	43
2.8	Risikooverføring, herunder overdragelse av prosjekterende	51
2.8.1	Situasjon 1.	51
2.8.2	Situasjon 2.	52
2.8.3	Situasjon 3.	52
2.9	Revisjon	59
<u>3</u>	<u>GENERELL VURDERING</u>	<u>62</u>
<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>

Forord

Entrepriseretten er et område teorien har viet lite oppmerksomhet til tross for at er et praktisk område. Trolig har det sin årsak i dens store likhet med den generelle kontraktsrett og den utfyllende regulering av kontrakt, herunder bruk av standardvilkår. Selv om det er store likheter, er det på flere områder særegne elementer. Det medfører at den generelle kontraktsrett ikke kan få direkte anvendelse, men må tolkes i lys av særegenhetene. Av fremstillinger i dag er det meste om vanlig entrepriserett. Totalentrepriseformen har fått liten oppmerksomhet i Norge. Den eneste utførelige fremstilling i norsk rett er av Jan Einar Barbo, ”Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko” fra 1990. Utover det så finnes det noe skandinavisk litteratur, av særlig interesse er da Hørlyck ”Totalentreprise” fra 1994.

NS 3431 gjelder for totalentreprise og er undertiden til revisjon. Den nedsatte komité har gitt to særlige grunner for det. For det første er standarden som NS 3431 var basert på nå blitt revidert fra NS 3430 til NS 8405. For det andre er den gjeldende standard mangelfull, særlig med hensyn til lokale forhold, grunnforhold og overføring av risiko. De nevnte forhold vil først og fremst ha betydning for prosjekteringsrisikoen, som er det særegne element ved totalentreprise og som vil være hovedfokuset i denne fremstillingen.

1 Innledning og avgrensning

1.1 Presentasjon av fremstillingen

Fremstillingen vil ta for seg noen sentrale risikoområder ved totalentreprisekontrakten, hvor fokuset er særlig plassert på områder som i noen grad fremstår som uklare og dels mangelfullt regulert i standarden.¹

Målet er å belyse risikoplasseringen mellom byggherren og totalentreprenøren på bakgrunn av en analyse av de relevante rettskilder. Dermed vil rådgiveransvaret² falle utenfor oppgavens tema. Siden spørsmålet er risikoplasseringen vil risikovirkninger bare berøres, disse vil forøvrig være like uavhengig av kontraktsform.

Denne fremstillingen retter seg mot kontrakter mellom profesjonelle parter. NS 3431 vil kunne³ anvendes også når den ene part er forbruker, men da vil trolig flere av bestemmelsene måtte tolkes innskrenkende til fordel for preseptoriske bestemmelser i blant annet bustadoppføringslova⁴ eller håndverkertjenesteloven jf. lovenes § 3 jf. § 1.

I de tilfeller hvor jeg henviser til andre standarder enn NS 3431 så vil hele benevnelsen anvendes, ellers vil jeg i stor grad bare henviser til standarden.

1.2 En innføring, samt presisering av sentrale begreper

Av hensyn til de sentrale begrepers klarhet og betydning for fremstillingen så vil de gjennomgå en kort omtale, samt presisering.

1.2.1 Entreprise

Entreprise er en kontrakt om et bygge- eller anleggsoppdrag hvor byggherren som oppdragsgiver benytter seg av oppdragstakere, herunder entreprenør(er), arkitekt(er) og konsulent(er) for å oppnå ønsket resultat.

Graden av de ulike aktørers involvering definerer i stor grad entreprisetypen.

¹ Det vises da til uttalelser fra revisjonskomiteen.

² Se Barbo, 1990, s.39 flg. I samsvar med Sandvik, 1966, s.217.

³ Sml. uttalelser i NS 8405 med kommentarer 2006, s.58.

⁴ I lovens §13 finnes særregler for totalentreprise.

1.2.2 Entrepriseformer

Det finnes mange entrepriseformer og variasjonene innenfor kategorien er store og grensene er flytende. Kort og upresist kan en si at formen er tilpasset formålet, i den forstand at de ulike former har egenskaper som gjør dem spesialtilpasset de ulike typer bygg.

Hovedsondringen⁵ går mellom de tilfeller hvor det er byggherren som har risikoen for prosjektering og når denne i hovedsak bæres av en entreprenør. Den førstnevnte er de såkalte utførelsesentrepriser⁶ og den sistnevnte, som er objektet for denne fremstilling, er totalentreprisen. Den kjennetegnes ved et bygge- eller anleggsarbeid hvor entreprenøren i sin avtale med byggherren påtar seg både prosjektering og utførelse. Etter standarden er det tilstrekkelig at entreprenøren står for ”vesentlige deler av prosjektering og utførelse”, jf. NS punkt 1. (1) ledd. Videre er det slik at avtalen kan gjelde hele ”eller deler av” et objekt, jf. punkt 1 (2) ledd.

1.2.3 Prosjektering

I totalentreprise er det entreprenøren eller en som denne svarer for som står for hele eller det vesentligste av prosjekteringen⁷.

Prosjektering innebærer at entreprenøren, på bakgrunn av byggherrens funksjonskrav⁸ og dens egen godkjente tilbud, lager arbeidstegninger, beskrivelser, fremgangsplaner og generelt gjør de nødvendige forberedelser slik at en utførelse kan igangsettes og skje på en best mulig måte.

En konsekvens av denne arbeidsoppgaven er at entreprenøren får stor innflytelse på utformingen. Det skyldes i særlig grad at funksjonskravene bare spesifiserer de krav byggherren⁹ har til konstruksjonens egenskaper. De vil nødvendigvis av praktiske¹⁰ årsaker

⁵ Se NS 8405 med kommentarer, 2006 s.47-49, Hagstrøm, 1997, s.16 flg.

⁶ Med denne typen menes en fellesbetegnelse på de tilfeller hvor byggherren står for prosjektering og entreprenøren står for utførelsen, slik at byggherren har risikoen for prosjekteringen.

⁷ Jf. NS punkt 1 sammenholdt med punkt 2.3.

⁸ Se NS punkt 2.6.

⁹ Se NS punkt 2.6.

ikke bli særlig presise. Ved såkalte referansebygg¹¹ vil derimot byggherren få større innflytelse på resultatet i og med at det er en henvisning til en liknende konstruksjon som ønskes bygd.

1.2.4 Risiko

Begrepet risiko er opprinnelig italiensk og betyr fare.

I matematikken er det definert som sannsynlighet(x) ganger konsekvens(x) er lik risiko(x). Det innebærer at begrepet tar hensyn til to størrelser og at disse må sees i sammenheng for å avgjøre risikoens størrelse.

I rettlig forstand så er definisjonen mindre presis, men risikobegrepet er for omfattende til at denne fremstillingen kan undergi det en inngående behandling. I tillegg er begrepet grundig behandlet i andre fremstillinger.¹² Av hensyn til begrepets klarhet og dens sentrale betydning for oppgaven finner jeg det hensiktsmessig med en kort redegjørelse.

1.2.4.1 Terminologi

Begrepet risiko brukes undertiden med noe forskjellig innhold avhengig av hvilket rettsområde en befinner seg på.¹³

På kontraktsrettens område kan det å ha risikoen for noe litt upresist sies å innebære en byrde, ved at den part som har risikoen som utgangspunkt må prestere sin ytelse uavhengig av hindringer som foreligger og uten kompensasjon for de merkostnader hindringene forårsaker. Det medfører med andre ord en plikt til å prestere på bakgrunn av og i henhold til kontrakt.

¹⁰ Presisjon med tilsvarende innflytelse vil kreve store kostnader med hensyn til tid og planlegging i forkant av avtaleinngåelsen og vil trolig ikke være rasjonelt. Valg av en utførelsesentreprise vil trolig være et bedre alternativ.

¹¹ Det vil si en henvisning til bygg med tilsvarende egenskaper.

¹² Se Sandvik, 1966, s. 99-105 og s.155-162 og Barbro, 1990, s.28-30 og s.48-65.

¹³ Se Sandvik, 1966, s.100 flg.

Unntak gjelder i de tilfeller den annen part selv er skyld i avviket, slik at risiko, og i dette tilfellet også ansvar, overføres til denne. Som den videre fremstilling vil vise gjelder dette også dersom vilkårene for revisjon foreligger.

I denne fremstillingen vil jeg på samme måte som NS 3431¹⁴ legge samme innhold i en parts risiko som det en part svarer for, en linje som for øvrig følges i teori.¹⁵

Begrepet ansvar har etter en streng juridisk begrepsbruk ikke sammenfallende meningsinnhold som risiko, men begrepene brukes derimot ofte om hverandre, se blant annet NS punkt 10.¹⁶ Ansvar brukes i mange fremstillinger i sammenheng med erstatning. I så måte vil det også her kreves en plassering av risiko. Imidlertid kreves det ofte et tilleggsvilkår for at ansvar skal anses å foreligge. Ved culpaansvar er det for eksempel et krav til skyld. Det objektive ansvar vil imidlertid i stor grad være sammenfallende med risikobegrepet, særlig når det er tale om fordeling av denne. Likheten har den naturlige sammenheng med at hensynet til den som er nærmest å bære risikoen også er nærmest til å bære tapet, veier tungt i vurderingen av hvor ansvar skal plasseres. Risiko har således nær sammenheng med begrepet ansvar. Mens risiko handler om plikt til å prestere uavhengig av hindringer, så handler ansvar om hvem som skal bære konsekvensen av et avvik som allerede har skjedd, eller som man tenker seg. Begrunnelsen for begge vil i stor grad være at den er nærmest til å motvirke eller bære byrden av et avvik.

1.2.4.2 Fordeling av risiko

Hagstrøm¹⁷ uttaler at ”begrepet risikoen brukes i entrepriseretten når det er spørsmål om fordeling av risikoen mellom byggherre og entreprenør for forstyrrelser eller hindring av byggeforetaket.”

Begrunnelsen for plasseringen av risiko har som nevnt sammenheng med hvem av partene som er nærmest til å bære belastningen av et mulig avvik fra kontrakten. Sammenhengen

¹⁴ Se blant annet punkt 8.2.1 jf. Overskriften i 8.2 ”Risiko for grunnforholdene mm.”.

¹⁵ Sandvik 1966, s.105.

¹⁶ Presisjonsnivået i standarden har trolig sammenheng med at den i stor grad retter seg mot ikke-jurister.

¹⁷ Hagstrøm, 1997, s.12.

viser seg ved forholdet mellom ytelse og motytelse. Den part som for en motytelse har påtatt seg å prestere eller ha omsorgen for noe, vil være den som er nærmest å bære risikoen ved en svikt. Unntak gjelder som utgangspunkt dersom svikt kan ledes tilbake til den annen parts forhold. I tillegg kan den reduseres ved revisjon.

1.2.4.3 Virkning av å bære risikoen

Dersom entreprenøren har risikoen for en svikt ved prosjektet så vil denne kunne bli krevd for mangelsbeføyelser¹⁸ og eller erstatning. I entrepriseretten så er retting den primære beføyelse.¹⁹ Dersom det foreligger mangler som entreprenøren har risikoen for så vil denne måtte utbedre mangelen uten krav på dekning av de merkostnader det medfører, jf. standardens punkt 37.2 og teori²⁰. Hvis det er byggherren som har risikoen for svikten så må denne imidlertid betale fullt vederlag, eventuelt tilleggsvederlag om denne ønsker en endring²¹.

1.2.4.4 Risikoproblemet knyttet til entreprisekontrakter

Det knytter seg risikospørsmål til nærmest alle typer kontrakter i alle kontraktsforhold, dog med varierende styrke.

Et karakteristisk trekk ved entreprisekontrakten er størrelsen av risikoen for de ulike forhold. I følge sandvik²² har det sammenheng med en rekke faktorer. Det er særlig prestasjonens kompleksitet med betydelige koordinerings- og samarbeidsutfordringer og kontraktstidens lengde som er grunn til det. I tillegg til offentligrettslige reguleringer som setter krav til planlegging og oppfølging, foreligger det en generell usikkerhet rundt vær- og grunnforhold. Sistnevnte kan i teorien begrenses nesten til null, men dette er meget tid- og kostnadskrevende. Et annet særlig problem er overføring av risiko. Det kan være uheldig dersom styrkeforholdet i kontrakten er ujevn ved at det vil kunne skape en urimelig

¹⁸ Med mangel menes da både i kvalitet og tid.

¹⁹ Se Barbo, 1990, s. 29, Hagstrøm, 1997 s.94.

²⁰ Sandvik, 1966, s.393 flg.

²¹ Se Barbo, 1990, s.29.

²² Se Sandvik 1966, s.85 flg.

risikofordeling. Videre vil det ofte medføre at kontraktsformene får en uklar profil ved at den normale²³ risikofordeling forskyves, noe som igjen kan lede til redusert forutberegnlighet, særlig dersom avtalen er uklar.

1.3 Fordeler og ulemper med totalentreprisen / valg av entrepriseform

Fordeler og ulemper ved valg av totalentreprise er grundig behandlet i teorien.²⁴ Denne fremstillingen vil derfor begrenses til en kort fremstilling av hovedpunktene. De ulike egenskaper fremstilles i perspektivet til den som ønsker å benytte seg av en entreprenør.

1.3.1 Fordeler

I motsetning til ved tradisjonell utførelsesentreprise²⁵ vil totalentreprenør som hovedregel bære risikoen for prosjektering og utførelse, herunder koordineringen av prosjektet. I tillegg vil totalentreprenøren også ha risikoen for mengde og materialer, dersom det ikke skal leveres av byggherren²⁶. Dermed vil byggherrens kontraktsrisiko rettslig sett reduseres betraktelig.

Ettersom koordineringsrisikoen er tillagt totalentreprenør, medfører det at byggherren slipper unna en del administrative kostnader. En annen fordel er at entreprenørens kompetanse vil kunne utnyttes bedre, slik at denne på grunn av sin oversikt kan velge de løsninger som er best egnet på billigst²⁷ mulig måte.

Når entreprenøren også utfører prosjekteringen tillates det en parallell prosjektering og utførelse, slik at fremdriften på prosjektet går raskere. Dette fordi byggherren slipper å prosjektere ned til den minste detalj før denne kontraherer med en entreprenør.

²³ I henhold til funksjonsfordelingen.

²⁴ Se Barbo, 1990 s. 18 flg. Hørlyck, 1994 s.14 flg. Vagner, 2005 s.344.

²⁵ Se omtalen ovenfor.

²⁶ Se standardens punkt 10.1.

²⁷ Det vil særlig gjelde ved fastpriskontrakt.

1.3.2 Ulemper

Den største ulempen er at byggherren i vesentlig grad mister innflytelsen på byggets uforming når det er totalentreprenør som står for både prosjektering og utførelse.

Innflytelse utover funksjonskravene med egne kontrollører vil medføre ekstrakostnader.

Dersom byggherren søker for stor påvirkning vil det kunne medføre krav om endring fra entreprenør som vil kunne bli dyrt. Sammenhengen med at entreprenøren har en oppfordring til å søke billige løsninger, medfører samtidig en risiko for dårligere kvalitet på disse. Det er i teorien²⁸ hevdet at totalentreprise ikke er særlig egnet for individuelle bygg.

1.4 Rettskildesituasjonen

Innledningsvis må det presiseres at den innbyrdes plassering av rettskildene ikke har sammenheng med den innbyrdes vekt i de konkrete tilfeller, men vil indikere vekten på generelt grunnlag.

1.4.1 Preseptorisk lovgivning

Det foreligger ingen preseptorisk lovgivning på området som på generelt grunnlag regulerer partenes rettigheter og plikter. Av den grunn blir avtalen utgangspunktet for tolkning av partenes risiko og plikter. Imidlertid så finnes en rekke²⁹ offentligrettslige lover og forskrifter som legger føringer på byggeprosessen.

1.4.2 Kontrakten

Kontrakten er selve rettsgrunnlaget på entrepriserettens område. Det er denne som oppstiller partenes rettigheter og plikter, herunder risiko. Dersom det foreligger usikkerhet rundt særlige spørsmål så må disse søkes løst med utgangspunkt i avtalen. Denne vil nok i noen større grad enn ellers ved kontraktstolkning få betydning for tolkningsresultatet. Det

²⁸ Se særlig Hørlyck, 1994, s.17, Barbo, 1990, s.20

²⁹ Se standardens punkt 13 og NS 8405 med kommentarer s.147 flg. som også må gjelde for totalentreprise.

har sammenheng med at det på området er liten regulering, samt at partene som profesjonelle aktører er avhengig av forutberegnlighet. De andre rettskilders betydning og dermed kontraktens samlede betydning er avhengig av kontraktens detaljering samt hvilke problemer som oppstår mellom partene.

1.4.3 Norsk Standard

Det er tradisjon³⁰ med bruk av standarddokumenter på entrepriserettens område, noe som trolig er årsaken til at lovgivingen mellom profesjonelle parter har uteblitt.

NS 3431 regulerer totalentreprise og er undertiden til revisjon. Den er laget etter mønster fra NS 3430 som gjaldt utførelsesentreprise og som nå er avløst av NS 8405.

I og med at standardverkene er utarbeidet i samarbeid mellom de ulike bransjeorganisasjoner, må den sies å gi rimelig balanserte løsninger. Det uttales i forordet til NS 3431 at det er ”forutsetningen at den anvendes uten endringer eller avvik, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt.”.

Begrunnelsen har trolig sammenheng med at endringer i standardens egne bestemmelser vil kunne forrykke den balanse som er søkt skapt igjennom en samlet fremstilling. Standarden har imidlertid ikke en preseptorisk karakter og av hensyn til avtalefriheten, partenes profesjonalitet og behov for fleksibilitet må det legges til grunn at partene står fritt til å endre innholdet i dokumentet. På den andre siden er det grunn til å tro at endringer i standarden lettere vil kunne åpne for rimelighetssensur dersom det skulle medføre en viss ubalanse.

Det fremgår av teori³¹ for NS 3430 at dokumentet inneholder både ”alminnelige entrepriserettslige regler” og ”avtaleskapte ordninger”, herunder ansvarsbegrensninger og formaliserte varslingsregler og derfor ikke kan anses å gi uttrykk for gjeldene rett.

Likhetene mellom standardene taler for at det samme må gjelde for NS 3431.³² Når det sees i sammenheng med at standarden kan endres ved avtale, slik at det i praksis er denne som angir hva som blir gjeldende rett mellom partene, så taler det for at standarden må

³⁰ Se Hagstrøm, 1997, s.13

³¹ Se Hagstrøm, 1997, s.14.

³² Se blant annet standardens punkt 9.8, 9.9 og 22.5.

vedtas særskilt for å få anvendelse. Dersom standarden ikke blir vedtatt vil den nok allikevel være grunnlag for bakgrunnsrett ved en tolkning i vid forstand da den som nevnt gir uttrykk for en balansert løsning. Det må i alle fall gjelde for de deler av standarden som gir uttrykk for gjeldende rett. Forholdet mellom rettslige standarder og behovet for vedtagelse er for øvrig grundig omtalt i teori.³³

1.4.4 Rettspraksis

Det er lite rettspraksis vedrørende totalentreprise. Men avgjørelser vedrørende utførelsesentrepriser vil kunne gi en overføringsverdi når de tolkes i lys av totalentreprensens særpreg. De fleste tvister blir imidlertid avgjort ved voldgift, som i stor grad er utilgjengelig. Det innebærer at de lavere retters praksis samt voldgiftspraksis vil få større betydning enn ellers på kontraktsrettens område. Vekten beror nok først og fremst ”på den enkelte avgjørelses overbevisningskraft.”³⁴

1.4.5 Bakgrunnsrett

Når det gjelder øvrig rettskilder, herunder deklatorisk lovgivning, bransjepraksis, alminnelige kontraktsrettslig prinsipper og reelle hensyn vil de få betydning ved tolkning i vid forstand. Vekten³⁵ avgjøres først og fremst ved deres overbevisningsverdi, samt støtte i andre rettskilder.

1.4.6 Utenlandske rettskilder

Det er få rettskilder på området og det har vært nødvendig å se hen til utenlandsk litteratur. Jeg har imidlertid begrenset meg til dansk. Når det gjelder forholdet mellom norsk og dansk rett er det på det rene at det er store likheter og at norsk rett har hentet mye av sin

³³ Se Hagstrøm, 2004, s.60 som er av samme oppfatning på generelt grunnlag. Se også Hørlyck, 1994, s.26. som mener at den vil kunne gjelde selv om den ikke er vedtatt.

³⁴ Se Hagstrøm 2004, s.55-56.

³⁵ Se punkt 2.2 om metoden.

obligasjonsrett derfra.³⁶ Den danske teori må derfor avhengig av dens overbevisningsverdi, få en viss vekt også for norsk rett.

1.5 Kort om kontraktsinngåelsen

Kontraktsinngåelsen for totalentreprise starter med at byggherren har et behov for et ”bygg- eller anleggsarbeid”, jf. standardens punkt 1. Når tiden er rett vil byggherren starte det som i teorien³⁷ er omtalt som programfasen. Her ”analyserer byggherren sine behov, og bestemmer seg for hvilke krav og egenskaper han må stille til bygget. Videre må han ta standpunkt til hvilken kvalitet han ønsker/har råd til, og ikke minst hvor det skal bygges samt størrelsen på bygget”.

Det er av stor betydning at byggherren utformer klare og detaljerte³⁸ funksjonskrav. Både av hensyn til dennes påvirkningsmuligheter, men også for å kunne måle avvik, i forhold til en senere mangelsvurdering.

Byggherren har to hovedmåter å tilnærme seg en totalentreprenør. Det er ”totalentreprise med og uten konkurranse.” Av hensyn til fremstillingens formål og omfang vil det ikke gjennomgås, istedet henvises det til teori på området³⁹.

For den totalentreprenør som blir engasjert vil dens tilbud være en del av avtalegrunnlaget og således grunnlag for dens forpliktelse, se standardens punkt 4.1 litra c og teori⁴⁰.

For øvrig vil de dokumenter som følger av standardens punkt 4.1, samt tolkningsreglene i punkt 4.2 gjelde som en del av kontrakten, dersom ikke annet er avtalt. Kontraktsformens kompleksitet og særpreg taler for at det gjelder uavhengig av om standarden er vedtatt.

³⁶ Se Hagstrøm, 2004, s.78.

³⁷ Se bl.a. Barbo, 1990 s.24.

³⁸ Se bl.a. Barbo, 1990 s.36 og NS 8405 med kommentarer, 2006 s.172

³⁹ Se Barbo, 1990, s. 26 flg. og Hørlyck, 1994, 26 flg.

⁴⁰ Hørlyck, 1994, s.35 flg.

2 Risikoplassering – utvalgte emner

2.1 Innledning og problemstilling

Problemstillingen som jeg ønsker å belyse i denne fremstillingen er hvordan risikofordelingen mellom partene fastsettes på bakgrunn av de foreliggende rettskilder, og således hva som må sies å være gjeldende rett.

Risikoområdene som skal behandles er foruten funksjonsrisikoen, prosjekteringsrisikoen og forhold som vil ha stor betydning for denne, herunder lokale forhold, grunnforhold og overføring av risiko.

2.2 Metoden på området

Da det som nevnt er lite lovregulering for fastsettelse av rettigheter og plikter så er det naturlige utgangspunkt kontrakten, det partene har avtalt, inkludert standarden dersom den er vedtatt, samt praksis. Videre vil det også være relevant å anvende allmenne prinsipper, samt reelle hensyn. I eldre, men rådende teori⁴¹ er det fremholdt at metoden i større grad enn ellers må bli ”induktiv; fremstillingen må ta utgangspunkt i, og reglene fastlegges på grunnlag av de, materiale som foreligger i form av kontraktsvilkår, retts- og voldgiftspraksis.” Av hensyn til den beskjedne lovregulering og partenes profesjonalitet så er det nok rimelig å hevde at kontrakten inkludert standarden vil kunne få en større betydning enn ellers. Men det avhenger som nevnt av kontraktens omfang og hvorvidt det oppstår problemer. Når det gjelder reelle hensyn⁴² så har det nok skjedd en endring de senere år, slik at de lettere får gjennomslag i kraft av sin overbevisningskraft, samme vil nok derfor også gjelde for prinsipper på dette området.

Voldgiftsdommen⁴³ inntatt i RG-1992-728 er et godt eksempel på hvordan de ovenfor nevnte rettskilder blir anvendt i henhold til god metode.⁴⁴

⁴¹ Sandvik, 1966, s.96 flg.

⁴² Se Eckhoff, 2001, s.399.

⁴³ Avgjørelsen må tillegges stor vekt, særlig av hensyn til at den er inntatt i RG, er enstemmig, samt at retten blant annet ved dens formann Sjur Brækhus må anses å ha vært meget kompetent.

2.2.1 Avtalefrihet

Den overveiende hovedregel i norsk rett er avtalefrihet, som blant annet er kommet til uttrykk igjennom NL. 5-1-2. Det innebærer at samfunnets aktører kan kontrahere med hvem som helst, om hva en vil og når en vil. Kontrakten som økonomisk instrument er en nødvendig forutsetning, som ved forsikring lar aktører komme sammen og skape produkter og fortjeneste som ikke bare kontraktspartene tjener på, men som også er avgjørende for samfunnets økonomi og vekst. For at den skal fungere optimalt så kreves avtalefrihet som bare begrenses ved andre viktige hensyn, herunder lov eller sterke ulovfestede etiske hensyn, se NL-5-1-2 2. punktum.

2.2.2 Avtalen

Som nevnt har vår rettstradisjon en vid avtalefrihet som medfører at partene stort sett kan regulere en kontrakt som de selv ønsker. Dette leder til at det er disse som sammen bestemmer hvordan risikofordelingen skal være.

2.2.3 Risikofordelingen følger funksjonsfordelingen

På bakgrunn av avtalefriheten har partene mulighet til å avtale hvordan de ønsker en entreprisekontrakt skal være regulert. Partene vil under forutsetning av at de er noenlunde jevnbyrdige, avtaleregulere forholdet slik at partenes ytelse og motytelse gjenspeiles av balanse. Imidlertid må det erkjennes at det ikke alltid er slik, i praksis vil det nok ofte være en ubalanse mellom partene som medfører en tilsvarende ubalanse i kontrakten.

I et kontraktsforhold vil entreprenørens ytelse motsvares av en kostnad for byggherren. Kostnaden vil stå i noenlunde samsvar med entreprenørens samlede utgifter i forbindelse med denne ytelse, inkludert risiko og fortjeneste, fra et makroperspektiv så må byggherren etter vårt økonomiske system betale entreprenøren den verdi som sistnevnte og markedet legger til grunn for en slik type prestasjon på gitte område. Entreprenøren får altså betaling

⁴⁴ Se Hagstrøm, 1997, s.57; dommen gjelder ikke entreprise, ”men anvendte entrepriserettslige resonnementer ved spørsmålet om risikofordelingen, slik at dommen i høy grad har interesse også i entrepriseforhold.”

for en ytelse. Det er dermed naturlig at det er denne som et utgangspunkt svarer for ytelsen. Det vil si at den har risikoen for å yte sin del i henhold til kontrakt.

Funksjonsfordelingen gir uttrykk for risikoområdet til de enkelte aktører, dvs. at den setter merkelapp på hvilke ytelser aktørene skal utføre.

På generelt grunnlag må det derfor kunne sies at reelle hensyn, herunder rimelighet og rettferdighet, samt forutsetningen for at kontrakten som økonomisk instrument skal fungere, taler for at den som har tatt på seg å utføre et arbeid også må ha risikoen for det. Det er først og fremst avtalen som fastsetter funksjonsfordelingen ved at denne indikerer hvem som skal prestere hva.

Konsekvensen blir et naturlig utgangspunkt om at hver av partene får risikoen for sitt bidrag til kontrakten.

I rettspraksis ble prinsippet om at risikofordelingen følger funksjonsfordelingen slått fast allerede i RT-1917-673.⁴⁵ I saken hadde et entreprenørfirma påtatt seg fundamenteringen av et byggverk som var prosjektert av byggherrens arkitekt.

Problemstillingen var om entreprenøren kunne holdes ansvarlig for at fundamenteringen hadde sunket på grunn av mangler ved pælearbeidet.

Som Hagstrøm⁴⁶ skriver så hadde entreprenøren avgitt ”en noe ubestemt garanti for sitt eget arbeid.” Høyesterett var enig i de tidligere retter enstemmige uttalelse om at det vedrørende entreprenørens arbeid og skadens årsak ikke var noe å bebreide denne, ”men at svikten skyldes at piloteringsplanen utarbeidet av arkitekten var utilstrekkelig for å kunne bære det bygg som skulle oppføres.”

Førstvoterende viser til entreprenørens arbeidsbeskrivelse hvor det står at bygningen skal ”fundamenteres paa pælerost i henhold til piloteringsplanen.” Videre uttaler dommeren at denne ”er blit utarbeidet av byggherrens arkitekt”, og at det ”fra hans haand forelaa fullstendig piloteringsplan”, denne inkluderte også grunnundersøkelse.

⁴⁵ Se RT-1917-673, og teori som tolker dommen, se blant annet Sandvik, 1966, s. 243 og Hagstrøm, 2004, s.320, og Hagstrøm 1997, s.81 flg.

⁴⁶ Se Hagstrøm, 1997, s.81 flg.

På denne bakgrun uttaler førstvoterende at ”naar monierfabrikken var pliktig til at følge piloteringsplanen og denne var utarbeidet av byggherrens arkitekt, ikke at ha nogen god mening at la den av monierfabrikken indgaaede garanti omfatte denne plans forsvarlighed.”

Begrunnelsen ligger i to forhold; rekkevidden av arbeidsforpliktelsen og rekkevidden av garantien.

Førstvoterende legger til grunn at det var byggherrens arkitekt som utarbeidet prosjekteringen, herunder foretok grunnundersøkelser og utredet planer og tegninger. Videre så var det prosjekteringen som lå til grunn for entreprenørens utførelse av fundamenteringen og som denne var pliktig å følge etter avtalen. Entreprenøren hadde således ingen valgfrihet ved utførelsen.

Når årsaken til mangelen var svikt i en ytelse som var utført av en av byggherrens medkontrahenter og som entreprenøren ikke hadde innflytelse over, så var det ikke rimelig at entreprenøren skulle ha risikoen for utførelsens funksjon.

Når det gjelder garantien uttrykker førstvoterende at det ikke gir noen god mening at entreprenøren skal svare for forhold som denne ikke har utarbeidet. Det har nok sammenheng med at betydningen av en garanti, som i teori⁴⁷ er definert som når ”selgeren har påtatt seg en risiko som ville ha ligget på kjøperen etter deklarasjonsregler. Hva selgeren nærmere innestår for og rettsvirkningene av løftet, beror på en fortolkning.” Dommen viser også at risikofordelingen kan endres gjennom kontraktsreguleringer, men som Hagstrøm⁴⁸ skriver, så taler dommen for at ”det skal temmelig tydelig tale til før det kan legges til grunn at det er skjedd en kontraktsmessig overføring av risiko.” Det må anses å ha sammenheng med rimeligheten av å overføre risikoen for prosjekterings forsvarlighet på entreprenøren, når denne etter kontraktens funksjonsfordeling var plassert hos byggherren.

⁴⁷ Hagstrøm, 1987 s.776.

⁴⁸ Hagstrøm, 1997, s.82.

Konklusjon

Hvorvidt det foreligger en totalentreprise må avgjøres på bakgrunn av en tolkning av kontrakten og dens risikofordeling, det er ikke benevnelsen men realiteten som er det avgjørende.

2.3 Risikoen for valg av løsninger

Entreprenørens frihet til å velge løsninger utgjør et sentralt element ved totalentreprise. Det gjelder som det fremgår av teori⁴⁹, særlig dersom man skal utnytte en av dens fordeler, nemlig tidsbesparing ved ”parallell prosjektering og produsering” som krever ”stor grad av oversikt, kontroll og styring for å bli vellykket.”

2.3.1 Kontrakten

Kontrakten vil som utgangspunkt angi valgfrihetens rekkevidde.

2.3.2 Norsk standard

Valg av løsninger er regulert ved to underpunkter i standardens punkt 11, ved henholdsvis totalentreprenørens valgfrihet og byggherrens formål.

2.3.2.1 Entreprenørens valgfrihet

Utgangspunktet etter punkt 11.1 er at totalentreprenøren har rett til å velge ”hva slags materiale, utførelse, og teknisk løsning han vil oppfylle kontrakten med.”

Det begrenses imidlertid i samme punkt ved at denne må holde seg innenfor ”de rammer som kontrakten setter”. Videre følger det av punkt 11.2 (1) ledd at entreprenøren også må begrense valgfriheten til ”de formål som byggherren har” og som denne ”var eller burde

⁴⁹ Se Barbo, 1990, s.19.

være kjent med” på kontraktsinngåelsestidspunktet. Av bestemmelsens (2) ledd fremgår det videre at valget skal være ”tilpasset forholdene på stedet.”

Samlet sett innebærer det at entreprenørens valgfrihet avhenger av hvor store føringer byggherren har gitt, samt hvilke føringer forholdene på stedet angir.

Standardens punkt 11 regulerer i liten grad risikoen for valg av løsninger.

2.3.2.2 Risiko for løsninger byggherren forlanger

I punkt 9.8 (3) ledd fremgår det imidlertid at totalentreprenøren har ”ikke ansvar for anvendeligheten av løsninger som byggherren forlanger, forutsatt at totalentreprenøren har oppfylt sine forpliktelser etter 9.7”. Punktet gir således en negativ begrensning av risikoen. Etter punkt 9.7 (1) ledd 1. setning må entreprenøren i en ”rimelig utstrekning” kontrollere de løsninger som byggherren gir hensett til ”feil” ved dokumenter ”eller om løsningene av andre grunner vil føre til uheldige konsekvenser i form av nedsatt anvendelighet eller dyrere drift av det ferdige bygg eller anlegg.”

Entreprenøren har dermed som utgangspunkt en ganske omfattende undersøkelsesplikt som medfører en risiko for konsekvensen av løsningenes anvendelighet.

2.3.2.2.1 aktsomhetskravet

Aktsomhetskravet følger dels av (1) ledds første setning om at vurderingen skal gjøres i ”rimelig utstrekning” og dels av leddets 2. setning om at graden av vurdering skal ”avgjøres bl.a. under hensyn til om byggherren har hatt egne fagkyndige til å utarbeide eller vurdere dokumentene.”

Dermed er det klart at undersøkelsesplikten bare gjelder i ”rimelig utstrekning”, noe som isolert sett vil kunne henvise til en forholdsmessig begrensning med hensyn til kostnader, tid, forholdets viktighet mv. Videre er det av betydning hvorvidt byggherren har hatt fagkyndig bistand. Andre forhold vil kunne spille inn, jf. ”bl.a.”. Når det gjelder den fagkyndige bistand fremgår det ikke i hvilken retning den innvirker. Reelle hensyn taler for at når en byggherre får slik hjelp, må det medføre at en entreprenørs undersøkelsesplikt

med hensyn til det biståtte arbeid blir mindre⁵⁰. Denne løsningen må ut ifra et samfunnsøkonomisk perspektiv være den beste tolkning ettersom det ellers ville medføre irrasjonelt bruk av tid og ressurser. Videre bør både byggherre og entreprenør ha en berettiget forventning om at løsninger foreskrevet av fagkyndige er tilstrekkelig anvendelige. Det kan argumenteres for at det er totalentreprenøren som har den største oversikten over prosjektet, men det begrenses tilsvarende når byggherren gir føringer. Samlet sett må det legges til grunn at entreprenørens risiko for byggherrens valg av løsninger i stor grad avhenger av løsningens viktighet og om denne har hatt en viss grad av fagkyndig bistand⁵¹.

Men det kan nok ikke forventes at en entreprenør skal vurdere kvaliteten av den fagkyndiges arbeid i noen særlig grad.

2.3.2.2.2 Entreprenørens rådgivning

I punkt 9.1 (1) ledd 2. setning fremgår det at entreprenøren ”i rimelig utstrekning skal vurdere alternative løsninger” og av siste setningen fremgår det at det ”gjelder også i forhold til løsninger som byggherren forlanger”.

Etter det må en trolig legge til grunn at entreprenøren vil ha risikoen for valg av løsninger som byggherren forlanger dersom det i lys av det som er sagt ovenfor om punkt 9.7 (1) ledd er rimelig å vurdere alternative løsninger.

2.3.2.3 Byggherren påvirker

Et lignende forhold er når byggherren ikke forlanger, men legger føringer på hvordan sluttresultatet skal være. De vil igjen kunne innvirke på valg av løsninger. Et slikt forhold hvor byggherren har bistand av en fagkyndig med prosjekteringen følger blant annet av en kjent voldgiftsdom som også senere i fremstillingen vil anvendes. I en voldgiftsdom⁵²

⁵⁰ Se også Sandvik 1966, s.119, som gir uttrykk for en lignende oppfatning.

⁵¹ Denne bistand må nok gjelde fra så vel egne ansatte som kontraktsmedhjelpere.

⁵² Formann var professor Viggo Hagstrøm.

vedrørende oppføring av Holmen Fjordhotell var det relevante spørsmål i denne forbindelse om totalentreprenøren kunne kreve tilleggsvederlag på bakgrunn av urasjonell drift, som igjen var begrunnet i byggherrens føringer. Om kontraktsformen uttalte retten at tilbudsgrunnlaget la ”opp til en totalentreprise der prosjektmaterialet på vanlig måte skulle transporteres til entreprenøren med full risiko, men der arkitekten fortsatt skulle være engasjert av byggherren. Kontraktsformen var en hybrid”. Flertallet uttaler om arkitekten som ”skulle forbli på byggherrens hånd” at denne ”faktisk kom til å spille en styrende rolle i byggeprosessen som avviker sterkt fra entreprenørens styrings- og valgrett i en totalentreprise.” Det var på bakgrunn av byggherrens styring og den reduserte valgfrihet at flertallet ga entreprenøren medhold i krav om tilleggsvederlag. Dommen illustrerer sammenhengen mellom risiko for metoden og valgfriheten og hvordan byggherrens føringer ved en totalentreprise medførte redusert risiko for totalentreprenør, i denne sak for urasjonell drift.

2.3.2.4 Grensen mot endring

Det går en grense mot føringer som gis i etterkant av avtaleinngåelsen. Slike føringer kan medføre en endring jf. standardens punkt 11 (2) ledd jf. punkt 33. Dersom slik påvirkning ikke følger av avtalen vil reglene om endring kunne begrense entreprenørens risiko ved å gi rett til fristforlengelse etter punkt 22.1 litra a, samt krav på dekning av merutgifter etter punkt 26.1.

2.3.2.5 Entreprenørens valgfrihet

Standarden regulerer i liten grad risikoen for de forhold hvor entreprenøren bruker sin valgfrihet innenfor avtalens rammer og byggherrens synbare forutsetninger, som foruten å følge av avtalerettslige prinsipper er regulert i standardens punkt 11. Unntak følger ved det ovenfor nevnte krav til rådgivning, som innebærer at entreprenøren ”i rimelig utstrekning skal vurdere alternative løsninger” før denne gjør et valg. jf. punkt 9.1, samt at ”løsninger og materialer skal være tilpasset forholdene på stedet” jf. punkt 11.2 (2) ledd. Unntakene setter således krav til valget og medfører dermed en risiko for entreprenøren.

Det forhold at standarden i visse tilfeller gir entreprenøren risikoen for løsninger som byggherren forlanger, taler isolert sett for at entreprenøren i større grad må ha risikoen når entreprenøren benytter sin valgfrihet uten særlige føringer fra byggherren.

Denne fra det mer til det mindre slutningen virker rimelig og naturlig og taler med stor vekt for at entreprenøren må bære risikoen av sine valg, jf. hensynet til at risikoen følger funksjonsfordelingen. Det vil imidlertid være et rettslig behov for å vurdere andre rettskilder dersom avtalen for øvrig ikke gir tilstrekkelig veiledning. Det vil særlig gjøre seg gjeldende dersom standarden ikke er vedtatt, selv om den da vil kunne brukes som bakgrunnsrett.

2.3.2.5.1 Rettspraksis

I Rt-1999-922 så gis en uttalelse vedrørende risiko ved valg av metode. Saken gjaldt en utførelsesentreprise hvor entreprenøren⁵³ skulle stå for utføringen av en flytebro for byggherren. Etter at arbeidet var påbegynt fikk entreprenøren problemer med sveisingen på det høyfaste stålet, hvor det oppsto sprekker, hvis hovedårsak var for meget hydrogen i sveisen. Det ledet til at metoden blant annet måtte endres slik at det ble anvendt for- og ettervarme i forbindelse med sveisingen. Entreprenøren krevde i denne forbindelse tilleggsbetaling. Etter en generell fremstilling av de relevante regler stiller førstvoterende nederst på side 932 opp problemstillingen som er av relevans for denne fremstillingen som, ”hvilken part som bør bære det økonomiske ansvaret for de oppståtte problemene med sprekkdannelser i sveisen”.

I forkant og av særlig betydning for fremstillingen, har dommeren midt på side 932 under den generelle fremstilling vist til en av ankemotpartens anførsler. Oftedal Broch uttaler at ”det vil måtte få betydning for entreprenørens adgang til å kreve tilleggsbetaling som følge av uforutsette forhold, om de kontraktsbestemte arbeider utføres på entreprenørens eget område og med bruk av arbeidsmetoder som entreprenøren selv velger eller er fortrolig med, eller om arbeidene utføres på fremmed grunn og\eller med arbeidsmetoder som er

⁵³ Entreprenør besto av et arbeidsfelleskap på tre aktører, heretter benevnt som AF. KEUM var en av aktørene.

foreskrevet av byggherren i kontrakten.” Videre fastslår førstvoterende ”at slike forhold etter omstendighetene vil kunne få betydning for vederlagsspørsmålet”. Deretter tar han utgangspunkt i den konkrete sak og uttaler” at sveisearbeidene under den foreliggende entreprise skulle utføres i det vesentlige på KEUMs egne verksteder og med metoder som KEUM valgte og hadde herredømme over. Kontrakten foreskrev ikke, ut over enkelte mer sporadiske krav, spesielle metoder for utførelsen av sveisearbeidene. Disse var således AFs valg, og i utgangspunkt AFs ansvar.”

Det er to forhold som førstvoterende trekker frem, og det er hvor arbeidene utføres og hvem som velger arbeidsmetoden. Førstvoterende uttaler at ”slike forhold etter omstendighetene kan få betydning for vederlagsspørsmålet.” Med det menes forholdet mellom entreprenørens ytelse og dens krav på vederlag⁵⁴. Hvis det sees i sammenheng med sakens tvist, så må det med vederlag forstås det krav om tilleggsbetaling som entreprenøren anfører.

Førstvoterende tar deretter utgangspunkt i den konkrete sak og viser til at arbeidene ”skulle utføres i det vesentligste” hos entreprenøren. Videre fremgår det at det var denne som i all hovedsak hadde valgt metoden, byggherren hadde kun lagt ”enkelte mer sporadiske krav for utførelsen”. Etter det slutter førstvoterende at det på denne bakgrunn var ”AFs valg, og i utgangspunkt AFs ansvar.”

Det blir dermed tydelig at det er en klar sammenheng mellom valgfrihet og risiko, slik at når entreprenøren har en valgfrihet vil det være et sterkt argument for at denne også må bære risikoen av det valg den foretar.

2.3.2.5.2 Begrunnelsen for slutningen

Hvor arbeidet utføres har betydning for motpartens muligheter for påvirkning og kontroll. Når arbeidet således utføres hos entreprenøren vil byggherren vanskeligere ha innflytelse over det.

⁵⁴ Se Hagstrøm, 2004, s.40, Barbo, 1990, s.13 og s.28-29 og Sandvik, 1966, s.101

Når det gjelder valg av metode så vil det være naturlig at den som velger løsningen også vil være den som er nærmest til å undersøke metodens anvendelighet i det konkrete tilfellet. Den som gjør et valg må da kunne forventes å besitte den nødvendige kompetanse og erfaring til å kunne prestere en tilstrekkelig kvalitativ ytelse ved bruk av metoden. Det viser dommeren når førstvoterende likestiller arbeidsmetoder som entreprenøren selv velger med arbeidsmetoder som denne ”er fortrolige med”. I tillegg vil den annen part ha mindre muligheter for påvirkning og kontroll med valget av og anvendelsen av den valgte metode. Argumentet om påvirkning og kontroll kan tolkes ut av henvisningen om det å ha ”herredømme over”.

Høyesteretts slutning er også i overenstemmelse med samfunnsøkonomiske hensyn. At den andre part skal dobbeltsjekke de løsninger som anvendes er som nevnt lite rasjonelt.

Høyesteretts slutning er i samsvar med de reelle hensyn på området og taler for at den som har en valgfrihet, også får en tilsvarende risiko.

2.3.2.5.3 Dommens betydning for totalentreprise

Den omtalte dom gjaldt en utførelsesentreprise og uttalelsene gjelder således for utførelsen. Spørsmålet er hvilken overføringsverdi disse uttalelsene har for totalentreprise og prosjektering. Det er særlig ved prosjekteringen at det vil være behov for å gjøre visse valg av løsninger. Det illustrerer for øvrig Rt-1917-673⁵⁵ hvor arkitekten hadde bestemt at byggene skulle stå på ”pælerost”. Det fremstår for meg ingen særlige grunner til at uttalelsene fra 1999-dommen ikke skal gjelde også for totalentreprise og prosjektering. Sett hen til totalentreprenørens særpreg, herunder totalentreprenørens store valgfrihet og sammenhengen med byggherrens ønske om reduksjon av risiko, så burde dette prinsippet enn mer gjelde for totalentreprise.

En annen begrensning i dommen som er uavhengig av type entreprise, er at uttalelsen fremkommer i forbindelse med krav om tilleggsbetaling ved uforutsette forhold ved utførelsen. Det kan da stilles spørsmål om det må gjelde det samme ved svikt i

⁵⁵ Se ovenfor.

prosjektering. Slik svikt vil kunne forekomme på flere måter, for eksempel ved at prosjekteringen foreskriver bruk av en metode som under utførelsen viser seg ikke å være anvendelig eller tilstrekkelig. Slik svikt er i teorien⁵⁶ omfattet av vederlagsspørsmålet og det fremstår for meg ingen særlige grunner til at uttalelsen ikke skal kunne omfatte svikt i arbeidet, herunder prosjekteringen⁵⁷.

Avslutningsvis må det bemerkes at dommen anvender begrepet metode og ikke løsninger. Spørsmålet blir således om uttalelsene må anses å gjelde også for det mer generelle uttrykket ”løsninger”⁵⁸. I den nest siste setning i henvisningen fra dommen følger det av uttalelsen at det var sveisearbeidene som det ble siktet til. Men dommen anvender også begrepet ”arbeidsmetoder” som er et videre begrep. I tillegg viser den til lokalisering som et forhold som kan ha betydning for risikoen. På side 932 i dommen blir også materialvalget omtalt som et av de sentrale forhold til at entreprenøren måtte bære den økonomiske belastningen av forutsetningssvikten. Entreprenøren som dog hadde fått endringen godkjent, valgte her å anvende 540-stål i stedet for det som fremgikk av anbudsinnbydelsen. Det taler samlet sett for at dommens uttalelse må gjelde også for det mer generelle begrepet, løsninger.

Av teori⁵⁹ fremgår det at når ” vansker, hindringer og svikt fremtrer som en følge av den utforming prosjektet har fått, og ville vært unngått ved en annen utforming av prosjektet, faller det naturlig å legge risikoen på den prosjekterende part.”

Uttalelsen taler for at den som har en valgfrihet må bære risikoen for følgen av valget, dersom følgen kunne blitt annerledes ved et annet valg.

Det fremgår blant annet av Rt-1917-673⁶⁰ at med valgfrihet følger risiko⁶¹. Flertallet uttalte her at det ikke var naturlig at entreprenør skulle få risikoen når denne ikke hadde noen

⁵⁶ Se Sandvik, 1966, s.204.

⁵⁷ Argumentets overføringsverdi fra utførelsesentreprise til totalentreprise følger ovenfor.

⁵⁸ Se standarden punkt 11.1.

⁵⁹ Sandvik, 1966, s.204.

⁶⁰ Se min redegjørelse av dommen på side.

⁶¹ Se blant annet Sandvik, 1966, s.118.

valgfrihet, men måtte følge byggherrens føringer. Reelle hensyn taler derfor i overensstemmelse med funksjonsfordelingen at med valgfrihet så følger risiko.

2.3.3 Konklusjon

Utgangspunktet etter gjeldende rett må være at entreprenøren bærer risikoen for valg av løsninger ved oppfyllelsen av kontrakten.

Det modifiseres for det første av punkt 9.8 (3) ledd jf. punkt 9.7 når byggherren ”forlanger” visse løsninger og kravet til undersøkelse⁶² er oppfylt. Det samme må nok gjelde når byggherren legger sterke føringer på valg av løsninger slik at risiko i noen grad overføres på denne, men her må aktsomhetskravet ved undersøkelsesplikten være større. Det er dermed en korrelasjon mellom grad av påvirkning og risiko. Sett i forhold til aktsomhetsplikten kan det dermed være rimelig i visse tilfeller med en deling av risiko og ansvar.

Samlet sett så er dermed gjeldende rett i overensstemmelse med hensynet om at risikoen følger funksjonsfordelingen.

2.4 Prosjekteringsrisikoen

Med projekteringsrisiko menes risikoen for at projekteringen blir utført i henhold til kontrakten, den kan således defineres som sammenhengen mellom ytelsesplikt og vederlagskrav.⁶³ Spørsmålet er hvem som har projekteringsrisikoen og hvor langt den rekker⁶⁴.

⁶² Inkludert kravet til å vurdere alternativer etter punkt 9.1.

⁶³ Se Barbo, 1990, s.13 og Sandvik, 1966, s.25.

⁶⁴ Se fremstillingens punkt 2.5.4.

2.4.1 Krav til prosjektering

For å få en forståelse av omfanget av entreprenørens prosjekteringsrisiko er det nødvendig å se på hvilke krav som stilles. Det har blant annet sammenheng med at jo større krav som stilles jo større vil risikoen ofte kunne bli. Det vises i den forbindelse til det som er skrevet om krav til prosjektering og utførelse under redegjørelsen av funksjonsrisikoen nedenfor⁶⁵.

2.4.2 Risikoen for prosjekteringen

Hvem som har risikoen for prosjekteringen vil først og fremst måtte bero på en tolkning av kontrakten mellom partene. Men utgangspunktet må i lys av funksjonsfordelingen ved en totalentreprise være at totalentreprenør bærer risikoen for prosjekteringen ved at det hører til dennes arbeidsforpliktelse.

2.4.2.1 Entreprenøren prosjekterer

Dersom standarden vedtas så innebærer det etter dens punkt 2.3 at totalentreprenør blant annet ”har påtatt seg prosjekteringen” jf. punkt 9, og da særlig punkt 9.2.

Totalentreprenørens ansvar for feil ved prosjektering er regulert i punkt 9.8 jf. overskriften i denne. Det følger her at totalentreprenørens ”ansvar for følgende av feil i tegninger og dokumenter som han har utarbeidet eller latt utarbeide, eller som han har innhentet fra andre, reguleres av bestemmelsene i punkt 37 om mangler.”

Punkt 37 omhandler etter overskriften og av relevans for prosjekteringsrisikoen ”Mangler ved kontraktsarbeidet”.

Ordlyden stiller opp to vilkår for at det foreligger mangel. For det første må det være et avvik mellom det ”byggherren har krav på etter kontrakten ”og det som faktisk presteres. For det andre må avviket skyldes et forhold som totalentreprenøren svarer for, jf.

henvisningen til ”andre forhold totalentreprenøren svarer for”⁶⁶.

Det første vilkår må anses oppfylt når byggherren kan påvise en mangel mellom avtalens krav og det entreprenøren presterer. Det er ordlyden i det siste vilkår som gir uttrykk for

⁶⁵ Se fremstillingens punkt 2.5.

⁶⁶ Se omtalen av begrepet risiko, hvor ”svarer for” må anses synonymt med det å ha risikoen for noe.

risikoplasseringen. Det er oppfylt når det er forhold entreprenøren har risikoen for som er årsak i mangelen.

Dersom begge vilkårene er oppfylt så følger det av standarden at totalentreprenør har risikoen for prosjekteringen og eventuelle følger av feil ved denne. Standarden er således i samsvar med prinsippet om at risikoen følger funksjonsfordelingen.

2.4.2.2 Prosjektering levert av andre

I punkt 9.8 (2) ledd så fremgår det en begrensning i totalentreprenørens risiko. Denne svarer likevel ikke for ”feil i tegninger som er levert av byggherren eller som er innhentet fra offentlig myndighet.”

Ordlyden er klar på at når årsakene til feil kan ledes tilbake til en av de nevnte aktører så vil entreprenøren ikke ha risikoen. Det må dermed være byggherren som bærer risikoen for disse.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvorfor denne begrensningen ikke omfatter ”følgende” av slike feil, jf (1) ledd. Det har trolig sammenheng med totalentreprenørens undersøkelsesplikt etter punkt 9.1 og 9.7, slik at entreprenøren bare vil unnslippe risikoen for følgende dersom den har utvist tilstrekkelig aktsomhet.

2.4.2.3 Rettspraksis

I TAHER-2003-16037(TAHER-2004-11266)⁶⁷ gjelder krav om erstatning som følge av mangel ved gasspeiser og krav om erstatning som følge av høyere fyringskostnader enn hva beboerne mener å ha krav på i henhold til kontrakt, og regressøksmål fra byggherre mot entreprenør. Retten har konstatert at det foreligger en ”mangelfull ytelse” ved at ”gasspeisene slik de har fungert etter innflytting, ikke oppfyller de funksjonskrav som var avtalt mellom partene.”

Av videre interesse for denne fremstilling er regressøksmålet mellom byggherren ABBL og entreprenøren Hæhre.

⁶⁷ Det må presiseres at avgjørelsen ble anket og senere forliket, men de generelle uttalelser vil allikevel ha betydning.

Tingsretten drøfter først årsaken til mangelen og konkluderer med at det er en prosjekteringsvikt. Deretter reiser de spørsmålet om ”hvem som har ansvaret for denne prosjekteringssvikten.” Retten viser da til standardens punkt 2.3 som definerer totalentreprenør som en som ”har påtatt seg prosjekteringen” og viser videre til punkt 9 og uttaler at det av den valgte standardkontrakt følger ”at prosjekteringsansvaret, derved også risikoen for prosjekteringssvikt, i utgangspunkt ligger hos totalentreprenøren.”

Entreprenøren anførte at prosjekteringsansvaret lå hos byggherren og at prosjekteringssvikt således var deres risiko. Begrunnelsen var at det i tilbudet var benyttet uttrykket ”administrasjonen” og at det innebærer at de tekniske konsulenter ikke var tiltransportert. Byggherren mente imidlertid at de tekniske konsulenter var tiltransportert.

Retten slutter at det ikke kan legges til grunn en felles partsforståelse og at en ren språklig ordlydsfortolkning heller ikke ”tilsier et bestemt tolkningsresultat.”

Den understreker at begge parter er profesjonelle og går så inn på en konkret vurdering. Her legger den vekt på at entreprenøren har utarbeidet tilbudet, og som totalentreprenører har denne fått betalt for gi råd og veiledning, samt vurdere alternative løsninger, jf. punkt 9.7 og 9.1, slik at den allerede her må ha en viss risiko.

Førstvoterende uttaler at dersom entreprenøren ønsker å fraskrive seg ansvar må det komme ”klart til uttrykk i kontraktsdokumentene.”

Retten slutter at ”prosjekteringsansvaret og således også risikoen for prosjekteringssvikt lå hos” totalentreprenør.

Dommen illustrerer at prosjekteringsrisikoen som utgangspunkt ligger hos totalentreprenør, og dersom denne ønsker å endre det forhold må det komme klart til uttrykk i kontrakten.

Dersom det er andre forhold enn ”følgende av feil i tegninger eller dokumenter” som leder til avvik fra riktig kontraktsoppfyllelse, så oppstår spørsmålet om hvem som må bære risikoen for det. Andre forhold vil muligens være uoverensstemmelser eller motstrid i tegninger og dokumenter. I NS 8405 så fremgår det av punkt 13.1 (3) ledd 1. setning at ”Dersom entreprenøren skal prosjektere, har han ansvar for alle tilleggskostnader som følge av feil og uoverensstemmelser i sin prosjektering.” Med hensyn til likhetene mellom

kontraktsformene i disse tilfeller og forholdene mellom standardene for øvrig⁶⁸, så taler det med stor vekt for at det samme må gjelde for totalentreprise, slik at totalentreprenør også har risiko for uoverensstemmelser eller motstrid. Totalentreprenøren står for både prosjektering og utførelse og det er således denne som skal anvende de tegninger og dokumenter som denne eller dennes medkontrahent har utarbeidet. Dermed er det naturlig at entreprenøren har risikoen for koordineringen av de ulike arbeider denne står for. Det må for øvrig, i samsvar med den linje som følger av både standarden og funksjonsfordelingen være grunn til at totalentreprenør har risikoen for slike forhold. Når det er byggherren som har levert materiell som gir slike tilfeller blir ikke resultat nødvendigvis det motsatte. Det har sammenheng med at det som utgangspunktet er totalentreprenør som har koordineringsrisikoen og undersøkelsesplikt. Dermed vil det kunne være forhold denne burde ha oppdaget, jf. punkt 9.7 og 9.1.

2.4.2.4 Forsinkelse

Standardens punkt 9.8 henviser bare til punkt 37 og den gjelder som nevnt mangler. Det kan dermed reises spørsmål om hva som gjelder dersom en problematisk prosjektering medfører en forsinket ferdigstillelse. Den eneste regulering av forsinkelse finnes i punkt 25.1.2 som sier at det ”foreligger forsinkelse dersom kontraktsarbeidet ferdigstilles senere enn den avtalte sluttfrist, eventuelt justert for totalentreprenørens fristforlengelse. Det er mulig at videre veiledning kan finnes i punkt 9.2 (2) ledd som gir entreprenøren 6 uker til å overlevere prosjekteringen til byggherren. I samsvar med de nevnte punkter så vil forsinkelse trolig foreligge dersom arbeidet ikke leveres innen 6 uker. På bakgrunn av den regulering som følger ovenfor i punkt 9.8 så må det undersøkes hva som er årsaken til forsinkelsen og hvem som har risikoen for den. Dersom forsinket ferdigstillelse skyldes prosjekteringen så er det som utgangspunkt et forhold på entreprenørens side som denne svarer for.

⁶⁸ Se beskrivelsen av standarden under fremstillingens punkt 1.4.3.

Unntak vil kunne tenkes dersom det er byggherrens styring eller krav som er årsak. Men hvorvidt entreprenøren blir fri for ansvar avhenger av hvilket ansvarsgrunnlag⁶⁹ denne har, samt om denne har gjort en tilstrekkelig undersøkelse av byggherrens krav, jf standardens punkt 9.1 3 setning.

2.4.3 Konklusjon

Etter gjeldende rett så må utgangspunktet være at totalentreprenør har risikoen for feil og andre typer svikt ved prosjektering som etter kontrakten hører under dennes arbeidsbeskrivelse. Unntak fra det vil kunne tenkes dersom svikt skyldes et byggherreforhold og entreprenøren har vært tilstrekkelig aktsom i sin rådgivning etter punkt 9.1.

Det er en del andre forhold enn de som er nevnt her som vil få betydning for prosjekteringen og plassering av risiko for denne, herunder lokale forhold, grunnforhold og overføring av risiko. De vil imidlertid også få betydning for utførelsen, i tillegg så er det omfattende emner og det er derfor naturlig å behandle dem særskilt.

2.5 Funksjonsrisikoen

Funksjonsrisikoen er i teorien⁷⁰ definert som ”risikoen for at det ferdige byggeobjekt oppfyller visse funksjonskrav.”

Med funksjonskrav⁷¹ så menes de krav til prosjektet som byggherren har formulert i kontrakten. Kravets rekkevidde⁷² blir imidlertid først synlig etter en fortolkning av kontrakten⁷³ og andre ledsagende omstendigheter, inkludert partenes forutsetninger⁷⁴.

⁶⁹ Se forholdet til ansvarsreglene under funksjonsrisikoen.

⁷⁰ Se Barbo, 1990, s.54.

⁷¹ Se punkt 1.2.3 og 1.5.

⁷² Se note 1.5.

⁷³ Inkludert standardens punkt 4.1, og da særlig litra c og e.

⁷⁴ Når det er individuelle forutsetninger så må det stilles krav til at de er tilstrekkelig synliggjort for den annen part, se Hagstrøm, 2004, s.249 flg.

Dersom det ikke gir tilstrekkelig veiledning så må fastleggelsen skje etter en mer abstrakt vurdering⁷⁵. Denne omfatter bakgrunnsrett⁷⁶, praksis og mer allmenne prinsipper mv.

2.5.1 Avtalens krav til prosjektet

Utgangspunktet for entreprenørens ytelse er at den må være i samsvar med avtalen, samt vedtatt standard.

Når avtalen er uklar eller utilstrekkelig må det som nevnt foretas en tolkning i vid forstand på bakgrunn av relevante kilder⁷⁷.

For at risikoens omfang skal bli synlig så er det nødvendig å se på standardens minstekrav til entreprenørens ytelse.

2.5.2 Norsk standard

I punkt 12.3 (1) ledd så uttales det om prosjektering og utførelse at det ”skal være i overensstemmelse med gjeldende Norsk Standard og for øvrig etter allment aksepterte normer.”

Først vil jeg ta for meg standardens krav til arbeidet og deretter vil jeg kort se på betydningen av normer på området.

Når det gjelder entreprenørens forhold til standarden så innebærer vedtagelsen i seg selv at partene må følge de regler og retningslinjer som gjeldene standard trekker opp for arbeidet, per i dag⁷⁸ er dette NS 3431. Men da standarden ikke er preseptorisk kan partene selv velge løsninger som avviker fra standardens oppsett⁷⁹.

⁷⁵ Se Hagstrøm, 2004, s.153 flg.

⁷⁶ Dersom standarden ikke er vedtatt så vil den kunne komme inn som bakgrunnsrett ved en tolkning i vid forstand.

⁷⁷ Se NS 8405 med kommentarer, 2006, s.173.

⁷⁸ NS 3431 er for tiden under revisjon.

⁷⁹ Se fremstillingens punkt 1.4.3.

Det følger av pkt 12.1. 1. setning at totalentreprenøren ”plikter å foreta prosjektering, levering og utførelse i overensstemmelse med avtalte krav.” Kravet presiserer bare utgangspunktet som allerede følger av avtalerettslige prinsipper.

En presisering følger av 2. setning når den bruker ordet ”kontraktdokumentene” som er definert⁸⁰ i punkt 4.1 og viser dermed hvilke dokumenter ”med tilhørende tegninger, modeller og beskrivelser som er relevante i vurderingen. Videre presiserer den unntak som må anses å følge av avtalerettslige tolkningsprinsipper.

I følge punkt 12.3 annet ledd så skal kontraktsarbeidet være ”nøyaktig, solid og fagmessig utført.”

Kravet til kvalitet kommer således til uttrykk ved en rettslig standard. Det tilsier at det må foretas en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering for å kunne definere kravet til ytelsen.

På generelt grunnlag må det være rimelig å hevde at kravene medfører at arbeidet må være av en slik kvalitet at de enkelte deler isolert og samlet sett i en tilstrekkelig grad ivaretar den funksjon som prosjektet objektivt sett er uttrykt i gjennom kontrakten. Slike skjønnsmessige krav vil for øvrig kunne følge av normer.

Dersom avtalen ikke regulerer kvalitetskrav for materialer, så angir tredje ledd minstekravet til å være det som ”er vanlige for tilsvarende arbeider.” Det samme prinsippet kommer til uttrykk under en litt annen formulering i punkt 12.2 om uspesifiserte deler. Kravet til kvalitet blir således gjenstand for en analogi med relevante og lignende forhold.

I forlengelsen av det nevnte kan det være hensiktsmessig å se hen til betydningen av mer retningsgivende regler.

⁸⁰ Det burde vært en henvisning fra punkt 12.1 til punkt 4.1.

2.5.3 Allmenne normer

Det er sikker rett at normer kan få betydning ved tolkningen av en kontrakt, men at det vil stilles visse vilkår⁸¹ til dem. Det må imidlertid understrekes at domstolen har full anledning til å sensurere normer, dersom andre viktigere hensyn tilsier det.

Normer vil få betydning allerede ved at det er bestemt i standarden, se NS punkt 12.3 (1) ledd. Men det må gjelde uavhengig av henvisningen, selv om vekten kan bli noe større, når standarden som en del av avtalen henviser til normer. Typiske normer vil være hva som er vanlig av kvalitet med hensyn til løsninger, materialer og utførelse på området.

Et eksempel er Norges byggforskningsinstitutt som utgir NBI-blader. Det følger av teori⁸² at de vil ”ofte tillegges vekt fordi det er det eneste tilgjengelige dokumentasjon for kravet til prosjekteringsytelsen”. Når det gjelder vekten så uttales det videre at de som utgangspunkt er ”av mer veiledende karakter.”

Et annet eksempel er god prosjekteringskikk, som ifølge dansk teori⁸³ omfatter ”fornødne forundersøgelser” av blant annet grunnforhold. Men denne plikten er trolig tilstrekkelig ivarettatt ved standardens punkt 8.2.2⁸⁴.

2.5.4 Funksjonsrisikoen

Når kontrakten er tolket og innholdet i funksjonskravene er lagt til grunn, blir spørsmålet hvem av partene som har risikoen for at funksjonskravene⁸⁵ blir oppfylt, samt hva en riktig oppfyllelse innebærer. Det innebærer med andre ord sammenhengen mellom ytelsesplikt og vederlagskrav⁸⁶.

Spørsmålene har en sammenheng ved at det siste viser rekkevidden av det første. Svaret på det sistnevnte spørsmål er hvordan entreprenøren må oppfylle for ikke å misligholde. Det avhenger igjen av forpliktelsens karakter, nærmere bestemt om forpliktelsen kan karakteriseres som en resultatforpliktelse eller en innsatsforpliktelse.

⁸¹ Se Hagstrøm, 2004, s.58 flg.

⁸² NS 8405 med kommentarer, 2006 s.173.

⁸³ Se Hørlyck, 1994, s.69 flg.

⁸⁴ Se fremstillingens punkt 2.7.2.2.2.

⁸⁵ jf. Standardens punkt 4.1.

⁸⁶ Se Barbo, 1990, s.13 og Sandvik, 1966, s.25.

Denne sonndring vedrørende forpliktelsens karakter er i teorien⁸⁷ angitt som ”hvorvidt realdebitor plikter å frembringe et bestemt resultat, eller hvorvidt det er tilstrekkelig at han gjør en faglig god innsats.” Videre så fremgår det at ved innsatsforpliktelse så ”innebærer dette også oftest at realdebitor har krav på sitt vederlag selv om resultatet uteblir, bare han har gjort den kontraktsmessige innsats for at resultatet skulle nås, slik at det ikke forligger kontraktsbrudd.”

Dersom en tolker den sistnevnte uttalelse motsetningsvis så taler det for at når resultatet ikke nås ved en resultatforpliktelse så vil realdebitor, altså entreprenør ikke ha krav på fullt vederlag. Vederlagskravet vil som regel igjen kunne oppnås dersom mangelen rettes.

Når det gjelder vilkårene for mangel etter standardens punkt 37.1 så vises det til prosjekteringsrisikoen under fremstillingens punkt 2.4.2.1.

En naturlig tolkning av ordlyden viser at risikoen for det første knytter seg til hva totalentreprenøren skal utføre jf. ”prosjektering, utførelse”, kf. punkt 1 (1) ledd. Men den går videre enn det, jf ”andre forhold ” som denne ”svarer for”. Det innebærer at risikoen ikke bare følger funksjonsfordelingen, men knytter seg til de forhold som entreprenøren har påtatt seg etter kontrakten⁸⁸.

Når det gjelder rekkevidden av denne risiko så viser den seg ved ordlyden ”den stand byggherren har krav på etter kontrakten”. Det er således sluttresultatet av en tolkning av kontrakten som angir rekkevidden av risikoen, ved å beskrive dens ”stand”, altså hvilke egenskaper og lignende som kreves.

Fokuset i teksten er på hvorvidt kravene etter kontrakten er nådd og hvem som har risikoen for en eventuell årsak av mangelfull prestasjon og ikke på hvilken innsats som er utøvd. Det taler i overensstemmelse med definisjonen av forpliktelsens karakter for at standardens krav til ytelse innbærer en resultatforpliktelse, slik at totalentreprenør som utgangspunkt har risikoen for å frembringe et bestemt resultat.

⁸⁷ Hagstrøm, 2004, s.115 flg.

⁸⁸ Se for eksempel fremstillingens punkt 2.8.

Barbo⁸⁹ skriver at et ”sentralt element i en entreprisekontrakt er at entreprenøren påtar seg en resultatforpliktelse. Han skal ikke, som f.eks. ved arbeidskontrakter, kun utføre et arbeid som tilstreber et visst resultat, men han har også risikoen for at dette resultat faktisk oppnås.” Videre uttaler han om totalentreprisekontrakter at ”entreprenørens risiko utvides betraktelig. Entreprenøren vil her i utgangspunktet ha risikoen for at det forventede resultat oppnås, uten begrensninger med hensyn til årsaken til en eventuell resultatsvikt.” Disse uttalelser⁹⁰ taler for at entreprenørens ytelse som oftest vil være et resultatansvar, slik at denne har risikoen for at det ønskede resultat oppnås.

I kommentarutgaven til NS 8405⁹¹ som er utgitt i 2006 så fremgår det at ved en utførelsesentreprise ”bærer ikke entreprenøren risikoen for at de beskrevne arbeider fungerer slik som byggherren måtte ha forutsatt, mens i totalentreprisen vil han ha denne risiko.” Det har i følge forfatterne sammenheng med at her ”beskriver byggherren hvilket resultat – funksjon - han ønsker og det blir opp til entreprenøren å finne ut av hva han skal levere og hvordan han skal levere dette for å oppnå dette resultat.” Uttalelsene taler for at det er valgfriheten ved totalentreprise som avgjørende for at det er en resultatforpliktelse..

Et annet moment som anføres i teori⁹² er at byggherren må ”kunne kreve at byggeobjektet kan brukes til sitt tiltenkte formål, forutsatt at dette formål måtte være kjent eller på en annen måte synbart for entreprenøren.” Når byggherren velger en totalentreprisekontrakt så er det nok ofte for å redusere sitt eget risikoområde, herunder for prosjektering og koordinering. Denne begrunnelsen er også synlig for totalentreprenør. Reelle hensyn taler således for at totalentreprenør har en resultatforpliktelse.

⁸⁹ Barbo, 1990, s. 53.

⁹⁰ Uttalelsene er fra før NS 3431 ble vedtatt, men har trolig vært en rettskilde til standarden, forøvrig henvises det til denne i senere dommer, se blant annet Rt-1999-922.

⁹¹ NS 8405 med kommentarer, 2006, s.48.

⁹² Barbo, 1990, s.56.

2.5.5 Konklusjon

Utgangspunktet etter gjeldende rett er at det ved en totalentreprise foreligger en resultatforpliktelse, slik at totalentreprenør har risikoen for at prosjektet fungerer i overensstemmelse med funksjonskravene slik de fremstår etter en tolkning i vid forstand.

2.5.6 Unntak

Det kan stilles spørsmål om det for totalentreprise kan tenkes tilfeller hvor ytelsen ikke er en resultatforpliktelse.

Hagstrøm⁹³ uttaler vedrørende entreprenørens forpliktelser at ”I den utstrekning byggherren således har utformet en detaljert arbeidsbeskrivelse, kan man si at dette forhold fjerner karakteren av resultatforpliktelse ved entreprenørens ytelse, og bidrar til at den mer får karakter av en omsorgsforpliktelse. Entreprenøren skal da gjøre en god og forsvarlig innsats for at de mål som er beskrevet i kontrakten kan oppnås, men har ikke risikoen for resultatet.”

Uttalelsen kom i forbindelse med Rt-1917-673 hvor saken gjaldt en utførelsesentreprise og sett i lys av totalentreprisens karakter⁹⁴ skal det nok en del til for at en slik kontraktsform kan anses for en innsatsforpliktelse.

Av dansk teori⁹⁵ fremgår den samme tankemåte.

Uttalelsene taler for at når byggherren har gitt sterke føringer for løsninger og utførsel så endrer det forpliktelsens karakter mot en innsatsforpliktelse.

Hvordan entreprenøren skal utføre sitt arbeid i detalj avhenger i stor grad av dens valgfrihet og den følger av kontrakten. Valgfrihetens innflytelse på entreprenørens risiko er omtalt ovenfor og som det fremgår der kan den være av stor betydning for sluttresultatet. Hvor byggherrens føringer innvirker på risikoen for entreprenørens valg av løsninger vil det være naturlig at den også innvirker på risikoen for den endelige funksjon, gitt at det er de føringer entreprenøren er underlagt som har medført den egenskap funksjonen får.

⁹³ Hagstrøm, 1997, s.82, se også Sandvik, 1966, s.206.

⁹⁴ Særlig totalentreprenørens valgfrihet.

⁹⁵ Buch, 2007, s.43.

Den generelle betraktning er at jo større frihet en entreprenør har til å oppnå kontraktens mål, jo mer vil det forme forpliktelsens karakter mot et krav til å frembringe det resultat som fremgår av funksjonskravene, enn den måten byggherrens føringer gir. Det innebærer igjen en økning i risiko og ansvar.

2.5.7 Konklusjon

Totalentreprisekontrakten er som utgangspunkt en resultatforpliktelse som medfører at den skal ha slike egenskaper som følger av funksjonskravene og at den fungerer.

Dersom hele eller deler av kontrakten etter en tolkning fremstår som en innsatsforpliktelse så vil totalentreprenørens risiko begrenses i tilsvarende grad til å omfatte mindre av prosjektets faktiske funksjonalitet.

Dersom prosjektets mål ikke nås grunnet en av partenes uaktsomme opptreden så vil denne måtte bære risikoen for det uavhengig av opprinnelig risikoplassering.

2.6 Utviklingsrisikoen

Utviklingsrisikoen er definert i teorien⁹⁶ og gjengitt i blant annet LH-2007-102419 som ”feil som skyldes at aksepterte metoder eller materialer viser seg allikevel ikke å være holdbare.” Avgjørelsen gjaldt spørsmål om prosjekteringsfeil og anvender læren i forbindelse med spørsmål om risikoen for lokale forhold. Barbo⁹⁷ definerer utviklingsrisikoen som ”spørsmålet om hvem av partene som bærer risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en funksjonssvikt fordi den byggtekniske utvikling på byggetidspunktet var mangelfull.” Forfatteren viser til flere norske og danske kilder som etter hans vurdering plasserer utviklingsrisikoen hos byggherren. Et av de viktigste argumentene finner han i Rt-1968-783.

⁹⁶ Hagstrøm, 1997, s.17.

⁹⁷ Barbo, 1990, s.59 flg.

Problemstillingen i dommen var om byggherren hadde krav på erstatning på grunn av råtesopp-skader. Det var byggmesteren som hadde valgt den anvendte metode, som var forholdsvis ny, men allikevel vanlig. Når det gjelder årsaken til skaden så viser førstvoterende til lagmannsrettens og byggforskningsinstituttets uttalelser. Uttalelsene indikerer at den valgte metode var en mulig årsak til skaden, men den var ikke klar. Høyesterett som sitter med fem dommere er alle enige i resultatet, men flertallet på fire presiserer premissene i forhold til førstvoterende. Annenvoterende uttaler at han er enig med førstvoterende, men ”slik at jeg ikke finner grunn til å ta standpunkt til spørsmålet om skadens årsak. For meg er det tilstrekkelig at Stensen har oppført huset etter en metode som på byggetiden var vanlig og som ble ansett som forsvarlig, og at det ikke foreligger noen tilsikring fra hans side som kan påføre ham ansvar.”

Flertallets slutning gir oss to forhold av interesse. For det første så gir de klart uttrykk for at skadens årsak er uten betydning for risikoplasseringen. Det avgjørende er om objektet er oppført ”etter en metode som på byggetiden er vanlig og som ble ansett forsvarlig.” For det annet så gir de uttrykk for at en ”tilsikring”, altså en garanti kan medføre at entreprenøren overtar utviklingsrisikoen. Men det er trolig at det kreves et særlig tilsagn for at det skal være tilfelle.

Som Barbo⁹⁸ skriver så gir flertallet ”en svært knapp begrunnelse for resultatet”. Det taler etter min mening for at de mener det må være et naturlig resultat. Jeg er i den forbindelse enig med den ovenfor nevnte teori om at reelle hensyn taler for Høyesteretts resultat. For det første så ville en motsatt konklusjon kunne medføre en stangnasjon i utviklingen, ved at entreprenører ikke ville finne det forsvarlig å anvende og således være med å videreutvikle nyere metoder som kanskje også var billigere og bedre. For det annet så er det ofte samvirkende årsaker til at visse byggemetoder ikke er anvendelige, slik som det fremgår av den ovenfor nevnte dom fra 2007, hvor det var lokale forhold som var en medvirkende årsak til skaden. Det er byggherren som i stor grad velger byggets utforming og lokalisering med de risiki som derav følger. Når det sees i sammenheng med at entreprenøren velger en metode som på byggetiden er vanlig og forsvarlig så taler det etter min mening for at byggherren er den nærmeste til å bære en slik risiko.

⁹⁸ Barbo, 1990, s.60.

Men den valgfrihet som entreprenøren har med hensyn til valg av metoder må brukes innenfor det ”forsvarlige” slik at og som Barbo⁹⁹ også påpeker, entreprenøren må bære risikoen for den ”rene eksprementering”.

I LH-2007-102419 så konkluderer en enstemmig lagmannsrett på bakgrunn av den nevnte teori og Rt-1968-783 at ” utviklingsrisikoen må bæres av byggherren”.

Konklusjon

Gjeldende rett er således i samsvar med Hagstrøm¹⁰⁰ sin uttalelse om at totalentreprenør ”i prinsippet vil ha all risiko for funksjonsfeil, med reservasjon for såkalte utviklingsfeil”.

2.7 Lokale forhold og grunnforhold – faktiske forhold –

Risikoen for forhold i grunnen og lokalt er regulert i standardens punkt 8. De nevnte forhold vil det ha betydning for hvilke metoder og løsninger som kan anvendes og dermed ha betydning for så vel prosjektering som utførelse. Hvor stor betydning de får avhenger nødvendigvis av type bygg- eller anleggsarbeid som skal utføres.

2.7.1 Lokale forhold

2.7.1.1 Begrepet

Lokale forhold er regulert i punkt 8.1, men det er ikke gitt noen definisjon av begrepet. En må dermed ta utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden, justert med hva som er vanlig forståelse innen entrepriserettens område.

I punkt 8.1 (2) ledd som omhandler entreprenørens undersøkelsesplikt så er det gitt noen eksempler på hvor entreprenøren bør søke informasjon om lokale forhold. De vil kunne gi

⁹⁹ Barbo, 1990, s.62.

¹⁰⁰ Hagstrøm, 1997, s.17.

en indikasjon på hva som menes med begrepet. For det første så står det ”besiktigelse av byggeområdet. Det tilsier at begrepet omfatter forhold som har en direkte tilknytning til det geografiske område hvor det aktuelle bygg- eller anlegg skal utføres. Det må dermed være naturlig at tomten hvor bygget skal utføres omfattes, samt i en viss utstrekning også nabotomter. Videre blir det naturlig at luftrommet i og rundt tomten til en viss utstrekning også faller innenfor. Sett i lys av at grunnforholdene reguleres i punkt 8.2, så må det falle utenfor. I LH-2007-102419 som er omtalt ovenfor så ble ”klimatiske forhold” vurdert som en del av de lokale forhold, og må dermed anses å falle innefor begrepet. Videre er det opplistet ”kontakt med de kommunale myndigheter. Det tilsier at begrepet omfatter forhold som en slik kontakt vil kunne gi opplysninger om. I den nevnte lagmannsrettsdom så blir ”regulerings eller planmessige forhold på stedet” nevnt som forhold som vil kunne gi entreprenøren en økt aktsomhetsplikt. Dermed må også slike forhold anses å falle innenfor. Men det må gå en grense mot offentligrettslige begrensninger, da slike forhold blir regulert i punkt 13. Innholdet i punktet vil dermed begrense rekkevidden av lokale forhold. Det leder trolig til at det bare er slike privatrettslige forhold som er knyttet til tomten som kan tolkes innunder lokale forhold. Det vil igjen medføre at servitutter og andre lignende begrensninger trolig må høre til.

Ved samtale med medlemmer av revisjonskomiteen så ble det opplyst om at den nye teksten vil bli tillagt eksempler på hva som omfattes av lokale forhold. Eksemplifikasjonen som var undertegnede inntrykk også var gjeldene rett i dag omfattet blant annet heftelser, naboforhold, tomtegrenser. De opplyste eksempler er for øvrig i god overensstemmelse med de som følger ovenfor ved tolkning og må samlet anses å utgjøre en ikke uttømmende opplisting av lokale forhold.

2.7.1.2 Risikoen for lokale forhold

2.7.1.2.1 Byggherrens forhold

I punkt 8.1(1) ledd så er byggherrens risiko regulert. I dens første punktum reguleres hans opplysningsplikt jf. punkt 7.1, og i siste punktum risikoen for de gitte opplysninger. Disse må naturligvis sees i sammenheng, da risikoens rekkevidde er avhengig av hans opplysningsplikt.

Byggherrens opplysningsplikt følger av første punktum. Aktsomhetsnormen omfatter alt som han ”forstår eller burde forstå” er av betydning for gjennomføringen av totalentreprisen. Det første alternativet innebærer at byggherren har opplysningsplikt vedrørende lokale forhold som denne forstår er av betydning. Denne opplysningsplikten må for øvrig følge av standardens punkt 3, samt alminnelige lojalitetsbetraktninger. Det annet alternativ omfatter slike forhold som denne ”burde” forstå er av betydning. Det siste innebærer at kravet må sees i forhold til en objektiv norm. Byggherrens individuelle forståelse av situasjonen er dermed ikke avgjørende. Hvorvidt kravet er oppfylt må dermed avgjøres i lys av hva en byggherre i den gitte situasjon normalt ”burde” forstå er av betydning.

Av siste punktum følger at byggherren har risikoen for de opplysninger denne gir. Det innebærer i praksis at denne vil få risikoen for riktigheten av alle de opplysninger som omfattes av aktsomhetskravet.

Ordlyden i den generelle opplysningsplikt i punkt 7.1 stiller samme krav som punkt 8.1 (1) ledd 1. punktum ved henholdsvis ”bør” og ”burde” og vil dermed ikke få noen selvstendig betydning for lokale forhold.

Rekkevidden av byggherrens undersøkelses- og opplysningsplikt begrenses av entreprenørens undersøkelsesplikt. Det følger også av LH-2007-102419 ovenfor når det uttales at ”entreprenørens plikt til skaffe seg kunnskap om lokale forhold, må tolkes i sammenheng med punkt 8.1 (1) ledd om byggherrens opplysningsplikt.” Forholdene må således vurderes samlet for å avgjøre risikoplasseringen.

2.7.1.2.2 Entreprenørens forhold

Totalentreprenørens risiko er regulert i punkt 8.1 (2) ledd. Etter naturlig språklig forståelse av ordlyden så gjelder denne risikoen ”lokale forhold av betydning for gjennomføringen av oppdraget”. De vil således omfatte de samme opplysningene som byggherren skal opplyse om etter (1) ledd. Det følger imidlertid to begrensninger i siste del av setningen, ved at det bare gjelder opplysninger om forhold ”som han kunne ha skaffet seg ved besiktigelse av byggeområdet, kontakt med kommunale myndigheter ol.”

For det første så er det en begrensning med hensyn til kravet til undersøkelsesplikten, altså aktsomhetskravet. Etter ordlyden så er kravet hva entreprenøren ”kunne ha skaffet seg opplysninger om”.

Med det må trolig forstås hva denne faktisk hadde mulighet til å oppdage. Vanligvis er kravet hva denne burde ha skaffet seg opplysninger om, og aktsomhetskravet er således senket i forhold til foreksempel punkt 8.1 (1) ledd 1. punktum, noe som isolert sett reduserer risikoen.

For det annet er det en begrensning for hvor det kreves undersøkelse. Det er bare ved en ”besiktigelse av det aktuelle byggeområdet, kontakt med kommunale myndigheter ol.”

Med den siste tilføyelsen ”ol.”, så understrekes det at oppstillingen ikke er uttømmende. For å avgjøre hva som faller innenfor må det foretas en konkret helhetsvurdering, hvor det som vurderes må sees i lys av de opplyste eksempler samt aktsomhetskravet. De opplyste eksempler må igjen sees i lys av begrepet lokale forhold. Dermed vil nok blant annet kontakt med naboer i visse tilfeller være påkrevd. Det samsvarer forøvrig godt med uttalelsene fra revisjonskomiteen¹⁰¹. Dersom det eksempelvis går en vei over byggetomten så vil det kunne gi en oppfordring til å undersøke om det foreligger veiretter eller lignende servitutter. Kontakt med naboene vil her være fornuftig og trolig påkrevd.

Sammenstilling av punkt 8.1 (1) og (2) ledd

Det følger av en sammenstilling av ordlyden i første og annet ledd i punkt 8.1 at risikoplasseringen som den store hovedregel ligger hos byggherren. Det illustreres allerede ved de forskjellige krav til aktsomhet, og de forholdsvis små krav til hvor denne forutsettes

¹⁰¹ Se ovenfor om eksemplifisering i den nye bestemmelsen.

å undersøke. Entreprenøren har imidlertid risikoen når det foreligger visse oppfordringer i nær tilknytning til byggetomten som denne ”kunne” ha muligheter for å oppdage.

2.7.1.2.3 Reelle hensyn

Det er naturlig at entreprenørens valg av løsninger skjer på bakgrunn av ”forholdene på stedet”, se standardens punkt 11.2 (2) ledd. Når entreprenøren kommer inn i bildet så vil denne til en viss grad undersøke forholdene. Det kan anføres at entreprenøren bør kunne forvente at byggherren som en rasjonell aktør har valgt lokaliseringen på bakgrunn av en viss undersøkelse, og at entreprenøren ville få beskjed dersom byggherren hadde kunnskap om særlige forhold utover det ordinære. Men på den annen side så vil det nok i praksis være profesjonelle byggherrer som ikke foretar noen særlig vurdering, men overlater dette til totalentreprenør. Det kan anføres at entreprenøren tvert om er den nærmeste til å ta forbehold vedrørende omfanget. Se blant annet RG-1988-834 nederst på side 937 som gir uttrykk for at entreprenørens ”muligheter til å ta forbehold i avtalen er forhold som må vurderes” i sammenheng med hvem som må bære risikoen ”for at arbeidet ble vanskeligere enn først antatt.”

I teori¹⁰², som trolig har vært en av de viktigere kilder bak utformingen av NS 3431, så forekommer uttalelse om to eksempler på det som etter en tolkning av punkt 8.1 (2) ledd må betegnes som lokale forhold. Det uttales at blant annet ”servitutter” og ”rådighetsinnskrenkninger” er forhold som entreprenøren” må kunne forutsette er avklart når det kontraheres, da dette ligger på siden av hva en prosjekteringsytelse normalt innbefatter.” videre uttaler forfatteren at ”Byggherren er langt nærmere til å undersøke slike forhold, og dette gjøres også normalt på et tidlig stadium av programfasen.”

Reelle hensyn taler dermed for at det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor de momenter som er nevnt må belyses, samt partenes profesjonalitet og relevante kompetanse. Først etter en konkret helhetsvurdering blir det naturlig å plassere risikoen.

¹⁰² Barbo, 1990, s.48.

2.7.1.3 Konklusjon

I samsvar med standardens ordlyd så vil byggherren på generelt grunnlag og som utgangspunkt ha risikoen for lokale forhold. Men den åpner for at entreprenøren i den konkrete sak, og som det følger av reelle hensyn, må bære risikoen.

2.7.2 Grunnforhold

Forhold i grunnen utgjør en betydelig usikkerhetsfaktor. Risikoen viser seg dessverre ikke bare i kostnader for kontraktspartene, men konsekvensene kan bli fatale også for mennesker. Det viste den tragiske hendelsen i Ålesund 26. mars, da et steinras traff en boligblokk og resulterte i tap av 5 menneskeliv.

Det fremgår av teori¹⁰³ at med den vitenskap og de tekniske hjelpemidler som foreligger i dag så er det mulig ” praktisk talt å eliminere denne usikkerhetsfaktor.” Men disse ”er imidlertid så vidt krevende og kostbare at det sjelden blir anledning til å gjennomføre dem.”

Det har sammenheng med at selv om en foretar boring på et punkt som viser fast materiale så vil det litt lengre borte kunne være sand eller leire som medfører helt andre krav til tilpasninger, løsninger mv. Det vil igjen få betydning for tidsforbruk og kostnader. Disse forhold leder til at det er av stor økonomisk betydning hvor risikoen for grunnen er plassert.

2.7.2.1 Begrepet

Grunnforhold er regulert i standardens punkt 8.2, men begrepet er ikke definert. Dermed må en ta utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden, presisert med det innhold som er vanlig på området. Den gir imidlertid lite veiledning. I overskriften til punkt 8.2 så står det ” risiko for grunnforholdene m.m.”. Med grunnforhold vil da menes risikoen for ulike forhold i grunnen. Men overskriften bruker betegnelsen ”med mer”, som er en

¹⁰³ Sandvik, 1966, s.87 flg.

indikasjon på noe mer enn det nevnte. Det kan i det minste tale for at innholdet av grunnforholdene må tolkes vidt.

Det vil være naturlig å anta at det omfatter forhold som har en viss tilknytning til grunnen. Men det må være rimelig at risikoen begrenser seg til forhold som har en viss betydning for kontraktsoppfyllelsen. Hvor langt begrepet rekker i de enkelte tilfeller må nødvendigvis være gjenstand for en konkret helhetsvurdering, hvor de nevnte momenter vil være av betydning.

I samtalen med revisjonskomiteen ble det opplyst at den nye teksten som er foreslått for grunnforhold vil bli tillagt eksempler. Videre var det min forståelse at gjeldene rett trolig skulle videreføres. Dermed vil eksemplene ha betydning også for gjeldene rett. Det ble opplyst om at følgende forhold trolig ville omfattes; byggetomten, løsmasser, berg, ledninger, rør, kulturminner, fyllinger, ting som er naturlig eller plassert av mennesker. Oppstillingen gjør det rimelig klart at begrepet er meget vidt. Det er her tilstrekkelig å vise til ”ting som er naturlig eller plassert av mennesker” Med denne oppstillingen blir det på generelt grunnlag vanskelig å oppliste hva som faller utenfor. Det må i alle tilfeller foretas en konkret vurdering og en vil nok da måtte se hen til ulike forhold, herunder hva som er av betydning for kontrakten og tilknytningen til grunnen. For eksempel vil kulturminner i grunnen bety økte kostnader i forbindelse med utgravning, og i verste fall medføre at kontraktsgjennomføringen ikke kan gjennomføres. Et annet eksempel er tanker med olje eller andre farlige væsker som er plassert i grunnen. Slike forhold kan være skjult helt til man begynner å grave. Men det vil ofte være indikasjoner på slike faremomenter, som for eksempel en nedlagt fabrikk el.

I den videre fremstilling legges det til grunn at de ovenfor nevnte forhold ikke utgjør en uttømmende eksemplifisering av forhold i grunnen.

2.7.2.2 Risikoplasseringen

2.7.2.2.1 Byggherrens forhold

Opplysningssvikt

I standardens punkt 8.2.1 står det at byggherren ”svarer for de opplysninger om grunnforholdene han gir totalentreprenøren.” Etter en naturlig språklig forståelse av begrepet ”svarer for”¹⁰⁴ så må det i lys av til overskriften om risiko i punkt 8.2, forstås med at byggherren har risikoen for de opplysninger denne gir vedrørende grunnen.

Det vil i praksis innebære at dersom byggherren gir opplysninger om et forhold som entreprenøren legger til grunn for sin prosjektering og utførelse, og dette forhold leder til en mangel el. ved dennes ytelser, så er det et forhold som byggherren må bære risikoen for.

Opplysningsplikt

Punkt 8.2.1 omhandler som nevnt ovenfor byggherrens risiko for uriktige opplysninger, men den sier ingenting om byggherrens opplysningsplikt. Den følger imidlertid av punkt 7.1 som regulerer den alminnelige¹⁰⁵ opplysningsplikt for kontraktens parter.

Etter ordlyden så må byggherren opplyse om forhold denne ”bør forstå kan eller vil få betydning for kontraktsarbeidet”. Det medfører at dersom byggherren sitter inne med slike opplysninger vedrørende grunnen, så vil entreprenøren ha krav på å få disse.

Aktsomhetsplikten er ganske streng, noe som blant annet har sammenheng med kontraktsformens kompleksitet og det behov for samarbeid som følgelig oppstår igjennom hele kontraktsperioden.

Når byggherrens forhold sees samlet, så innebærer det at denne som utgangspunkt har en opplysningsplikt og således en risiko, ikke bare for de opplysninger han gir, men også for de han ”bør” gi.

Byggherrens opplysningsplikt må imidlertid sees i sammenheng med totalentreprenørens undersøkelsesplikt for å fastsette den fulle risikoplassering.

¹⁰⁴ Se fremstillingens punkt 1.2.4.1.

¹⁰⁵ Den følger trolig også av standardens punkt 3 og alminnelige lojalitetsbetraktninger.

2.7.2.2.2 Entreprenørens forhold

Entreprenørens risiko for grunnen

Det følger av første del av setningen i punkt 8.2.2 at ”For øvrig har totalentreprenøren risikoen for forhold i grunnen”. Begrepet for øvrig henviser til en sammenligning med noe annet, i og med at det henviser til et eller flere andre forhold enn det nevnte. Det er naturlig å se det i sammenheng med byggherrens forhold, og dermed punktene 8.2.1 og 7.1 samlet. Når en ser ”for øvrig” i denne sammenheng, så henviser det til andre tilfeller enn når byggherren gir eller bør gi opplysninger. Den første delen av setningen i punkt 8.2.2 taler således for at risikoplasseringen går over på totalentreprenøren først når byggherren ikke gir eller burde gi opplysninger.

Men det må imidlertid presiseres med siste del av setningen, hvor det fremgår at det gjelder ”med mindre han godtgjør at han ikke burde oppdaget dem eller tatt dem i betraktning”.

Dermed begrenses totalentreprenørens risiko til en aktsomhetsvurdering.

Når de nevnte forhold sees i sammenheng så medfører det at totalentreprenøren vil få risikoen når byggherren ikke har gitt eller burde gitt opplysninger, og entreprenøren ikke kan godtgjøre at han” ikke burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning”. Med ”dem” menes da forhold ved grunnen som partene ikke har tatt hensyn til ved gjennomføringen av totalentreprisen¹⁰⁶, men som vil ha betydning for deres prestasjoner.

2.7.2.2.3 Sammenstilling av partens forhold

Når punkt 8.2.1, jf. 7.1 og 8.2.2 sees i sammenheng så innebærer det som nevnt at byggherren som utgangspunktet vil få risikoen for de opplysninger han bør gi og faktisk gir. Når denne bør gi opplysninger, må nok sees i lys av de oppfordringer grunnen gir, samt totalentreprenørens aktsomhetsplikt. Men slik at når byggherren ikke har gitt opplysninger så legges bevisbyrden på entreprenøren, jf. ”med mindre han godtgjør”. Hvorvidt entreprenøren har risikoen, avhenger av om denne ”burde ha oppdaget dem eller tatt dem i betraktning”, med andre ord om denne hadde en undersøkelsesplikt. Det avhenger igjen

¹⁰⁶ Sml. ordlyden i punkt 8.1 for lokale forhold.

ikke bare av hvilke oppfordringer grunnen gir, men også hvilken informasjon byggherren har gitt.

Det taler dermed for at den endelige risikoplassering må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering.

Opplysningsplikten når byggherren ikke har gitt opplysninger

Dersom byggherren ikke har gitt opplysninger så følger det som nevnt av standardens punkt 8.2.2 at entreprenøren har bevisbyrden for at dennes undersøkelsesplikt ikke overgår byggherren sin opplysningsplikt. Det følger av ordlyden to aktsomhetsvurderinger, jf. ordet ”eller”. For det første så følger det en konkret aktsomhetsplikt av forhold som entreprenøren ”burde ha oppdaget”. Det siktes trolig her først og fremst til forhold som gir seg direkte utslag i omgivelsene med oppfordring til å undersøke. For det annet så følger det en mer generell risikobetraktning for mer uventede forhold som ”burde” vært tatt ”i betraktning”. Med det innebærer forhold som det nødvendigvis ikke foreligger noen direkte oppfordring til å ta hensyn til, men som allikevel vil kunne foreventes å inntreffe, eller få betydning.

Det vises til rettspraksis som illustrerer disse to sidene av aktsomhetsplikten.

LA-2206-126227 så blir totalentreprenørens konkrete aktsomhetsplikt vurdert i regressøksmålet mellom byggherre(Øyprosjekt) og totalentreprenør(NCC). Saken gjelder oppføring av hus hvor det senere viste seg å være setninger i steinmur og brygge.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i NS punkt 8.2.1 og konstaterer at det ikke er anført noe om byggherrens opplysningssvikt. Deretter går førstvoterende til punkt 8.2.2 og uttaler at spørsmålet er ”om NCC under utførelsen av arbeidet burde ha oppdaget eller tatt i betraktning at grunnforholdene kunne være problematiske på tomt 10.” I bevisvurderingen så fremgår det at det forelå en rapport fra et konsulentselskap som blant annet uttalte at ”Vi har ikke klart å påvise hvordan blokksteinsmuren er fundamentert. Boring rett på yttersiden viste ingen utstikkende steinblokker eller betongfundament fra sjøen og nedover.” Videre fremgår det at NCC hadde anført at ” Det er nødvendig med en mur langs ved hus 7-10 for å få stabil grunn i området”. Det viser at problemene med grunnen var synbare for

entreprenøren. Videre så finner retten det bevist at ”tomt 10 ble tilført masser og anser dette som hovedårsaken til setningsutviklingen”. I den forbindelse uttaler de at ”etter rettens oppfatning tilsier også dette forhold at NCC burde utført grunnundersøkelser før arbeidene ble igangsatt.” Benevnelsen ”også” henviser trolig til konsulentselskapets vurdering og det faktum at entreprenør selv fant det nødvendig med mur for å stabilisere grunnen i området. Dommen illustrer flere forhold som ga entreprenør en oppfordring til å undersøke grunnforholdene. Disse forhold resulterte i at NCC ble ”ansvarlig for de setningsskader som tomt 10” ble påført.

I en dansk avgjørelse inntatt i KFE-1978.15-VBA¹⁰⁷ forekommer et eksempel hvor den mer generelle risikobetraktning for uventede forhold får anvendelse, se standardens punkt 8.2.2 annet alternativ. Totalentreprisen besto i oppføring av en lagerhall. Det viste seg store terrengforskjeller som ikke var forutsett og som hadde sin årsak i at ”der ikke ved udbudet forelå jorbundsundersøgelser eller nivellementsplaner. Entreprenøren krevde dekning av merutgifter, men disse ble delt mellom partene. Begrunnelsen var todelt. For det første uttalte retten at selv om det var en totalentreprise så forelå det en mangel fra byggherrens side ved at anbudsmaterialet ”ikke eller i hvert fald ikke i tilstrækkelig grad har gjort opmærksom på disse problemer”. På den andre siden så hadde totalentreprenør ”begået en fejl ved ikke forud for afgivelsen at tilbud at orientere sig tilstrækkeligt om forholdene på stedet”.

Dommen illustrerer meget godt helhetsvurderingen, herunder partenes aktsomhetsplikt som resulterte i en fordeling av risiko og kostnader. Den viser at utgangspunktet er at byggherren har risikoen, men at totalentreprenøren allikevel har en aktsomhetsplikt. Denne må undersøke byggherrens opplysninger og vurdere om de er tilstrekkelige for å utføre det arbeid som følger av kontrakten i lys av blant annet forholdene på stedet..

Det er naturlig at en ser aktsomhetskravet på bakgrunn av de særlige hensyn som gjør seg gjeldene på området.

¹⁰⁷ Hørlyck, 1994, s.71-72.

2.7.2.2.4 Aktsomhetskravet og reelle hensyn

På den ene siden så er det byggherren som velger lokalisering av tomt¹⁰⁸, men på den annen side så påtar entreprenør seg en totalentreprise mot vederlag, jf. første del av drøftelsen under punkt 2.7.1.2.3. I tillegg til det som er nevnt ovenfor, så følger det av teori¹⁰⁹, at god prosjekteringskikk innebærer at entreprenøren gjør de nødvendige undersøkelser i forbindelse med utførelsen av arbeidet.

Det innebærer en begrensning av byggherrens kontraktsrisiko, som er en grunn til at denne velger totalentreprise. Det tilsier igjen at totalentreprenørens kompetansenivå vil ha en del betydning på aktsomhetskravet. Men som det følger av teori¹¹⁰ vil også byggherrens kompetanse kunne få betydning. Det fremgår om entreprenørens aktsomhetsplikt at det er ”et vesentlig element hvilke hjelpere byggherren har hatt til å bistå seg”, og har ”byggherren derimot ingen spesiell kyndig bistand fra prosjekterende, vil entreprenørs oppfølgingsansvar være desto større.” Uttalelsen gjaldt en utførelsesentreprise, men må trolig ha overføringsverdi, selv om byggherren ved totalentreprise i mindre grad benytter seg av bistand.

Et annet hensyn er hvilken risikoplassering som samfunnsøkonomisk sett er mest rasjonelt. Det siste hensyn vil nok ha mest betydning når entreprisen har vært på anbud¹¹¹.

Den nevnte teori argumenterer for at når det kontrahertes på bakgrunn av en anbudskonkurranse så bør byggherren ha risikoen. Begrunnelsen har sammenheng med at grunnundersøkelser er meget kostbare og at det derfor ville være ”lite rasjonelt om alle de anbydende entreprenører skulle innhente grunnundersøkelser”. Videre argumenterte forfatteren for at dette også var rimelig grunnet den korte tiden fra anbudsinnbydelse til frist for bindende anbud. Ved totalentreprise uten konkurranse så vil det som forfatteren også understreker være avgjørende hvilken risikoplassering kontrakten med ledsagende omstendigheter angir.

¹⁰⁸ Under møte med revisjonskomiteen fikk jeg inntrykk av at det var et viktig argument for å plassere risiko hos byggherre.

¹⁰⁹ Hørlyck, 1994, s.70.

¹¹⁰ Hagstrøm, 1997, s.88 flg.

¹¹¹ Se Barbo, 1990, s.50 flg.

Standarden skiller ikke mellom kontrakter med anbudskonkurranse og med forhandlinger. Men det nevnte forhold kan tale for at det bør lempes noe på entreprenørens undersøkelsesplikt når kontrakter inngås på bakgrunn av anbudskonkurranse.

2.7.2.2.5 Undersøkelsesplikten når byggherren har gitt opplysninger

Det kan stilles spørsmål om entreprenøren har en undersøkelsesplikt når byggherren gir opplysninger. Ordlyden i punkt 8.2.2 taler tilsynelatende mot en slik slutning¹¹². Et argument som taler mot en utvidende tolkning er at entreprenøren skal kunne stole på og innrette seg etter byggherrens opplysninger. Det er ikke rasjonelt at entreprenøren skal måtte dobbeltsjekke all informasjon som byggherren har gitt, når det som oftest må være en forutsetning at denne har kontrollert disse før avgivelse. Men selv om byggherren har gitt opplysninger vedrørende grunnen, så vil det nok i praksis forekomme tilfeller hvor det er behov for ytterligere informasjon, og også annen informasjon. I slike tilfeller vil entreprenøren være den part som lettest kan få undersøkt disse forhold. Det har sammenheng med at denne da vil ha igangsatt planleggingen. Videre så er det entreprenøren som oftest vil velge løsninger og denne vil da ha en oppfordring til å vurdere egnetheten opp mot de ulike grunnforhold.

Av dansk teori¹¹³ fremgår det at totalentreprenøren ikke ansvarsfritt kan innrette seg på at det er byggherren som skal fremskaffe opplysninger om forhold i grunnen, men at det er totalentreprenøren som gjennom sin prosjekteringsvirksomhet og i samsvar med god prosjekteringsskikk skal frembringe tilstrekkelig informasjon. Den danske teorien er således i overensstemmelse med de reelle hensyn som nevnt ovenfor. Videre må denne slutning også kunne utledes av punktene 9.1 og 9.7.

På bakgrunn av de nevnte kilder må det være god grunn til å hevde at entreprenøren har en undersøkelsesplikt også når byggherren har gitt opplysninger.

¹¹² Se ovenfor om tolkningen av "for øvrig".

¹¹³ Hørlyck, 1994, s.69-70.

Nå må det presiseres at partene i kontrakten selv i stor grad kan velge den risikoplassering de ønsker. Men den ovenfor nevnte tolkning av standarden vil få anvendelse dersom kontrakten ikke selv angir en tilstrekkelig klar risikoplassering.

2.7.2.3 Konklusjon

Utgangpunktet etter standarden er at byggherren har risikoen for grunnforholdene. Dersom totalentreprenøren har en oppfordring til å undersøke slike forhold vil risikoen kunne gå over på entreprenøren. Hvis de begge hadde en oppfordring til belyse slike forhold så vil det kunne bli en deling av risiko.

2.8 Risikooverføring, herunder overdragelse av prosjekterende

Risikooverføring innebærer at risiko overføres fra den part som etter kontraktens funksjonsfordeling skulle innehatt risikoen, til den andre part. Med prosjekterende menes den arkitekt/ konsulent som overføres fra byggherre til entreprenør.

I kraft av avtalefriheten vil partene som hovedregel ha full frihet til å inngå en totalentreprisekontrakt med den risikoplassering de ønsker. Det medfører at de kan avtale seg bort fra den naturlige risikoplassering som følger av funksjonsfordelingen i kontraktsformen.

Det finnes imidlertid flere typer av overføring, men ikke alle endrer risikoplasseringen.

2.8.1 Situasjon 1.

En situasjon er når entreprenør benytter seg av kontraktsmedhjelpere ved oppfyllelsen av kontrakten med byggherren. Det skjer her ikke noe overføring av risiko, jf. standardens punkt 16.1 jf. 16.2 samt alminnelig kontraktsrettslige prinsipper¹¹⁴.

¹¹⁴ Følger av Rt-1986-1386 jf. Hagstrøm, 2004, s.47

2.8.2 Situasjon 2.

Et annet forhold fremgår av standardens punkt 17.1. Ordlyden er litt uklar, men gjelder trolig de tilfeller hvor en av kontraktspartene, overdrar sin del av kontrakten til en tredjepart, slik at overtageren trer inn i kontrakten til overdrageren. Et eksempel kan være at totalentreprenøren overdrar sine rettigheter og plikter til en annen totalentreprenør, slik at denne trer inn i kontrakten med byggherren. Det skjer en overføring av kontraktsforpliktelser og risiko, og stilles derfor krav til særskilt avtale.

2.8.3 Situasjon 3.

En tredje situasjon er de tilfeller som er regulert i standardens punkt 17.2. De gjelder overføring av risiko fra byggherre til totalentreprenør, jf. ordlyden ”overta ansvar for tiltransportert” og henvisningen til ”totalentreprenøren” og ”byggherren”.

Slik risikooverføring kan skje på flere måter, herunder overføring av ”prosjekterende eller underentreprenør”, i den videre fremstilling er det kun førstnevnte som vil behandles.

Overføring av prosjekterende kan avtales mellom byggherre og totalentreprenør ved kontraktsinngåelse, og da slik at overføring skjer fra starten av eller at det avtales at den kan skje på et tidspunkt som byggherren velger¹¹⁵. En annen mulighet er å avtale en slik overføring senere, altså etter kontraktsinngåelsen¹¹⁶, kontrakten før overføringen får da karakter av en utførelsesentreprise.

Forut for risikooverføringen vil byggherren ha inngått en kontrakt med en arkitekt om prosjekteringen av det ønskede objekt. Tidspunktet for overføring er trolig avhengig av blant annet byggets kompleksitet og ønsket om parallell prosjektering og utførelse¹¹⁷.

Byggherren kan overføre risiko for allerede utført prosjektering. Dersom prosjekteringen ikke er ferdig kan risikoen for den foreløpig prosjektering, samt det som gjenstår, eventuelt også den prosjekterende, overføres til totalentreprenør.

¹¹⁵ En slik overdragelse får karakter av en opsjonsrett.

¹¹⁶ På det tidspunkt vil entreprenøren inneha en sterkere posisjon forhandlingsmessig, ved at kontrakten er sikret.

¹¹⁷ Se Barbo, 1990, s.19.

Begrunnelsen for overføring av risiko er trolig todelt. For det første vil byggherren i stor grad kunne redusere prosjekterings- samt koordineringsrisiko¹¹⁸. For det annet vil byggherren gjennom sitt innledende samarbeid med arkitekt ha mulighet til å øve en langt større innflytelse på utførelsen enn dersom totalentreprenøren forestår prosjekteringen fra starten.

2.8.3.1 Tilfeller hvor overdragelse av prosjekterende følger av kontrakten

Etter ordlyden i punkt 17.2 fremgår det at selv om tiltransport er avtalt ”så kan entreprenør allikevel nekte dersom denne kan påvise en ”saklig grunn” i den ”prosjekterendes forhold, herunder hans solvens.”

Spørsmålet blir dermed hva som må anses å være en ”saklig grunn”.

En naturlig språklig forståelse tilsier at det må være en god grunn i forhold til sakens tema. Standarden gjør et unntak fra partenes plikter til å følge en avtale som er frivillig inngått og det må derfor kreves et særlig grunnlag for å nekte overtagelse av prosjekterende. Ordlyden viser til den prosjekterendes solvens¹¹⁹ som et eksempel på saklig grunn. Av NS 8405 punkt 16.1 (3) ledd samt teori¹²⁰ følger andre eksempler som den prosjekterendes kompetanse og kapasitet. Forholdet er imidlertid som nevnt ikke spesielt for totalentreprise og følger av andre fremstillinger¹²¹. Det vil derfor ikke gjennomgås nærmere.

2.8.3.1.1 Risikoen for allerede utført prosjektering, etter overdragelse

Et særlig problem ved overdragelse av prosjekterende er hva som gjelder for materialet som er prosjektert før avtale om transport. Spørsmålet oppstår først når kontrakten ikke regulerer denne delen.

¹¹⁸ Ved at denne bare må forholde seg til totalentreprenør.

¹¹⁹ Kf. Konkurslovens §61. Ved vurderingen av saklig grunn vil trolig både suffisiens og likviditet være av betydning, men ordlyden taler ikke for at det er krav til insolvens.

¹²⁰ Se NS 8405 med kommentarer, 2006, s.214.

¹²¹ Se note 123.

Ordlyden i punkt 17.2 dekker ikke direkte denne situasjonen. Men hensynet¹²² bak de nevnte bestemmelsene er at det kreves en særskilt avtale for å overføre risiko som ikke følger naturlig av funksjonsfordelingen. Når byggherren ønsker å justere den opprinnelige kontraktsformen totalentreprise, så taler også rimelighet og forutberegnlighet for at byggherren må uttrykke seg klart.

Konklusjon

Det taler samlet sett for at kontrakten må gi klart uttrykk for at også denne delen skal overføres for at totalentreprenør skal anses å ha risikoen

2.8.3.1.2 Risikomomenter ved prosjekterende som følge av overdragelsen

En problematisk konsekvens ved overdragelse av prosjekterende som allerede har etablert en kontakt med byggherren vil kunne være at det tidligere samarbeid mellom disse fortsatt er virksom. Det vil kunne medføre at totalentreprenør mister noe av styringen med arkitekten. Det var tilfelle i voldgiftsdommen vedrørende Holmen Fjordhotell som ble omtalt ovenfor¹²³.

Det nevnte forhold vil kunne gi problemkomplekser mot endringsreglene og krav om tilleggsvederlag.

Et særlig problem vil kunne oppstå dersom en slik tilknytning mellom byggherre og arkitekt medfører valg av løsninger som er av høyere kvalitet og dermed dyrere enn det som følger av kontrakten og som entreprenøren har innbakt i sine kalkyler med hensyn til sin valgfrihet.

Et slikt problem kan oppstå på flere måter. For det første vil det kunne være byggherren som tar initiativet overfor arkitekt og styrer den til valg av løsninger. For det andre vil det kunne være arkitekten som tar initiativet og diskuterer slike løsninger med byggherren.

¹²² Denne siden må anses å være utslag av alminnelig avtalerettslig prinsipp.

¹²³ Se fremstillingens punkt 2.3.2.3 for saksfremstilling.

Eksempel nr. 1.

I den første situasjonen bør nok byggherren som oftest forstå at det vil kunne innebære en endring og således gjøre entreprenøren oppmerksom på dette, jf. standardens punkt 3, samt alminnelige lojalitetsbetraktninger¹²⁴. Totalentreprenøren bør imidlertid som profesjonell aktør være oppmerksom. Hvis denne mener det foreligger en endring så må byggherren gjøres oppmerksom og krav om tilleggsbetaling fremsettes jf. 11.2 (2) jf. 33 jf. 26.1. Det må skje ”uten ugrunnet opphold” i samsvar med punkt 26.2 jf. 22.5 med begrunnelse om at byggherren begrenser totalentreprenørens valgfrihet.

Dersom varsel ikke gjennomføres i tide oppstår spørsmålet om kravet går tapt. Dersom entreprenøren ønsker å kreve tilleggsvederlag på bakgrunn av standardens bestemmelser, jf. punkt 26.1 gjelder de preklusive varslingsbestemmelser inntatt i punkt 26.2. jf. 22.5. Standardens regler vil imidlertid ikke gjelde dersom entreprenøren krever tilleggsvederlag på bakgrunn av bristende forutsetninger¹²⁵ da denne læren ikke er regulert i standarden jf. flertallet i den ovenfor nevnte voldgiftsdom¹²⁶. Entreprenøren må her ”varsle etter alminnelig entrepriserettslig regler” som ”ikke er preklusive, men erstatningssanksjonerte”. Det kan tale for at reelle hensyn, herunder lojalitet og rimelighet medfører at fristen tøyes, hvis det kan legges til grunn at byggherren opptre illojalt. En slik løsning fremkommer for eksempel i kjøploven §33¹²⁷ hvor reklamasjonsfristene blir satt tilside dersom selgeren har ”opptrådt grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro”. Av hensyn til partenes profesjonalitet må det nok kreves en viss illojal opptreden. Grunnlaget for tilleggsvederlag vil da være på bakgrunn av revisjon, herunder bristende forutsetninger eller avtalelovens §36, hvor slike lojalitetsbetraktninger vil kunne spille inn i rimelighetsvurderingen. Revisjon er behandlet nedenfor under fremstillingens punkt 2.9.

¹²⁴ Slike lojalitetsbetraktninger må anses å være utslag av et allment obligasjonsrettslig prinsipp som for øvrig er kommet til uttrykk i avtalelovens §33, Se også Rt-1988-1078 på s.1084.

¹²⁵ Se fremstillingens punkt 2.9.

¹²⁶ Side 47 i avgjørelsen.

¹²⁷ Bestemmelsen svarer stort sett til løsørekonvensjonen art. 40 og må nok i stor grad anses å gi uttrykk for alminnelig kontraktsrettslig prinsipp.

Eksempel nr. 2.

I det andre eksempelet kan problemet bli et annet. Det følger av ordlyden i standardens punkt 26.1 at entreprenøren ”kan kreve utgiftene dekket av byggherren”, dersom de følger av ”årsaker som må henføres til byggherrens forhold”. I dette eksempelet er det entreprenørens kontraktsmedhjelper som tar initiativet og det er dermed ikke sikkert at det kan ledes tilbake til byggherrens forhold. Det må trolig bero på hvilken tilknytning som foreligger mellom partene. Dersom byggherren bør forstå at det i praksis foreligger en endring og ikke har grunn til å tro at totalentreprenøren er klar over det, vil lojalitetsbetraktninger kunne medføre at årsaken må henføres til byggherrens forhold. Denne må da bære risikoen for arkitektens handlinger. Dersom risikoen for slik påvirkning er synlig må det imidlertid kunne kreves at totalentreprenør på kontraktstidspunktet begrenser arkitektens handlefrihet, jf. den ovenfor nevnte voldgiftsdom¹²⁸. Det kan gjøres gjennom bestemmelser som klargjør ”en tilstrekkelig styringsrett” slik at denne kan oppnå en viss kontroll og således redusere risikoen for fordyrelse. Dersom entreprenøren har en slik oppfordring, men ikke utøver den styringsrett som følger av standardens punkt 11.1, så taler det for at denne må bære en viss del av risikoen for arkitektens handlinger. Den endelige risikoplassering må trolig avgjøres på bakgrunn av både byggherrens og totalentreprenørens nevnte forhold, slik at en løsning også vil kunne innebære en deling av risiko og således kostnader. Når det gjelder fristoversittelse vises det til drøftelsen ovenfor. Dersom kontrakten ikke åpner for en slik tolkning vil krav om tilleggsbetaling kunne kreves på bakgrunn av revisjon.

Regress mot prosjekterende

Dersom totalentreprenøren er den nærmeste til å bære risikoen av fordyrelsen, så vil denne måtte gå på arkitekten for å få sikret sitt krav. Det må da søkes med grunnlag i at arkitekten går utenfor sin fullmakt, og kravet vil være lik ekstrakostnaden som den økte kvalitet representerer. Den videre fremstilling vil imidlertid vise at det kan være vanskelig å nå frem med et slikt krav, grunnet de ulike ansvarsgrunnlag. Totalentreprenør har som utgangspunkt et objektivt ansvar for at ytelsen overfor byggherren er i henhold til

¹²⁸ På s.42.

kontrakten¹²⁹. Den prosjekterende har som konsulent bare har et skyldansvar for sin ytelse overfor entreprenør¹³⁰. Det medfører at entreprenør vil måtte svare med objektivt ansvar på avvik som prosjekterende har utført. Mens denne ved en regressomgang bare er ansvarlig overfor entreprenør når det foreligger uaktsomhet. Overdragelsen innebærer således en risikoforskyvning. Det følger imidlertid av standardens punkt 17.3 at dersom vederlag for tiltransporten ikke er avtalt så har totalentreprenør ”krav på sedvanlig påslag”. Det medfører at entreprenøren til en viss grad får betalt for den økte risiko.

Entreprenøren som profesjonell part må selv vurdere risikoøkningen og sikre seg senest ved kontraktsinngåelsen. Enten kan det gjøres ved å kreve en risikopremie eller så må den kreve at byggherren senker terskelen til skyldansvar eller at konsulent hever den til objektivt ansvar. Den beste løsning er trolig å foreta en solid selskapsgjennomgang av den prosjekterende, samt å kreve en risikopremie fra byggherren.

I forhold til eksempel nr 2. ovenfor medfører det at den prosjekterende må ha utvist uaktsomhet for at entreprenøren kan kreve sitt tap dekket.

Forpliktelsens karakter

Når byggherren overdrar den prosjekterende så medfører det at totalentreprenørens valgfrihet kan begrenses. Dette kan igjen medføre at forpliktelsen får karakter av en innsatsforpliktelse, se fremstillingens punkt 2.5.6.

Dersom klausulen vedrørende overdragelsen av prosjekterende ikke presiserer forpliktelsens karakter, kan det stilles spørsmål om totalentreprenørs prosjekteringsrisiko med virkning også for utførelsen, kan begrenses overfor byggherren.

Hvis prosjekteringen i praksis blir utført av byggherren, mens risikoen bæres av entreprenør, medfører det at risikofordelingen ikke lenger følger funksjonsfordelingen.

Kontraktsformen vil da i praksis ligne en utførelsesentreprise. Det kan i samsvar med LB-2006-56001 som gjaldt en hovedentreprise tale for at ”et ansvar måtte knyttes til mangler ved den håndversmessige utførelsen av arbeidet” som gjelder når entreprenøren ”ikke har

¹²⁹ Se konklusjon for ansvaret under prosjekterings- og funksjonsrisikoen.

¹³⁰ Den prosjekterende har som entreprenørens konsulent(kontraktsmedhjelper) et profesjonsansvar. Forpliktelsen vil som utgangspunkt være en innsatsforpliktelse hvor spørsmålet er om innsatsen har vært tilstrekkelig. Det er således et skyldansvar. Se Hagstrøm, 2004, s.452 flg.

påtatt seg noe prosjekteringsansvar”. På den andre siden er byggherrens valg av totalentrepriseformen en indikasjon på at denne ønsker at entreprenøren skal ha prosjekteringsrisikoen. Det må som nevnt, til en viss grad være opp til entreprenøren å sikre seg en tilstrekkelig risikopremie utover det som følger av punkt 17.3, samt en tilstrekkelig kontroll over arkitekten igjennom kontrakten. Videre må den under kontraktsoppfyllelsen styre arkitekten samt kontrollere og undersøke arkitektens løsninger utover det som følger av punkt 9.1.

Overføring av risiko og hensynet til rimelighet

Sandvik¹³¹ viser til en kontraktsbestemmelse i en av Mobil Oil A/S Norge`s spesielle kontraktsbestemmelser, hvor det sto at ”Entreprenøren skal sette seg inn i tegninger og beskrivelser slik at han kan ta det fulle ansvar for de beskrevne materialers kvalitet og for de beskrevne arbeiders utførelsesmåte. Han skal derved kunne gi full garanti og ta hele ansvaret for skader som måtte oppstå” Om slike kontraktsbestemmelser uttaler Sandvik at ”Slike klausuler vil imidlertid bli undergitt en hardhendt innskrenkende tolkning, med mindre det er på det rene at de også avspeiler en endring i forhold til den normale funksjonsfordeling.”

Teorien taler således for at når risikofordelingen avviker fra funksjonsfordelingen i kontrakten så vil det kunne medføre en rimelighetstolkning dersom balansen ikke utjevnes på andre måter.

På den andre siden er entreprenøren som nevnt en profesjonell part som i en tilbudssituasjon må forholde seg til potensielle risikoelementer og innrette seg rasjonelt etter det.

Det må anses som sikker rett¹³² at partene må oppfylle sine forpliktelser selv om forholdene utarter seg annerledes enn forutsatt. Denne egenrisikoen følger blant annet av Rt-1999-922 på side 932 hvor førstvoterende uttaler ”At entreprenøren har ansvaret for byggverket betyr at han plikter å utføre de nødvendige arbeidsoperasjoner selv om det skulle vise seg å være vanskeligere, mer byrdefullt eller mer kostbart enn han regnet med

¹³¹ Sandvik, 1966, s. 205 flg.

¹³² Hørlyck, 1994, s.50 flg. og s.71 flg.

da anbudet ble inngitt. En slik utvikling gir heller ikke rett til å kreve ytterligere betaling for de uforutsette kostnadene.”

Konklusjon

Den store hovedregel er at totalentreprenøren som profesjonell kontraktør må kunne forventes å oppdage potensiell risiko og sikre seg deretter.

Unntaksvis vil slike overdragelsesklausuler kunne underlegges en innskrenkende tolkning hvis de medfører en ubalanse i kontrakten. Dersom overdragelsen utover en egenrisiko viser seg å bli mer byrdefullt enn forventet, så vil kontrakten som det følger av fremstillingens punkt 2.9 kunne bli gjenstand for revisjon.

2.9 Revisjon¹³³

I voldgiftsdommen vedrørende totalentreprisen Holmen Fjordhotell¹³⁴ så henvises det på side 45 til de generelle uttalelser i RT-1999-922 på side 931 som fastslår den rettslige forankring av den ulovfestede læren om bristende forutsetninger på entrepriserettens område¹³⁵. Videre uttaler voldgiftsrettens flertall at denne læren ”har spilt en ikke ubetydelig rolle i entrepriseretten.” På bakgrunn av teori¹³⁶ må det imidlertid legges til grunn at den ulovfestede lære ikke kan supplere de uforutsette forhold som standarden selv regulerer. Uttalesene gjaldt NS 3430, men slike forhold er også regulert i NS 3431, se blant annet punkt 22.2 og 13.3 (2) ledd. Det samme må derfor gjelde også for totalentreprise. Det må legges til grunn at revisjonsreglene må gjelde for totalentreprise som de gjelder for entreprise generelt, slik at de øvrige revisjonsgrunnlag også gjelder, herunder, avtalelovens §36 samt Force majeure. Men oppgavens omfang og fremstillingens formål gir ikke plass til en mer generell redegjørelse av forholdet mellom disse.

¹³³ Se Hagstrøm, 2004, kapitel 12.

¹³⁴ Se fremstillingens punkt 2.3.2.3 for saksfremstilling

¹³⁵ Se Hagstrøm, 1997, s.53 som dommen siterer.

¹³⁶ Se Hagstrøm, 1997, s.52 flg.

Det må imidlertid presiseres at annenvoterende i RT-1999-922 uttaler nederst på side 943 at ”urimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36, vil ligge nær opp til den relevansvurderingen som skal foretas etter læren om bristende forutsetninger.” Dermed har det i praksis liten betydning hvilket av disse grunnlag som anføres. Når det gjelder de ulike grunnlags vilkår så henvises det til litteratur¹³⁷.

Totalentreprenøren har etter kontraktsformen risikoen for prosjektering og utførelse. Dersom oppfyllelsen blir mer byrdefullt enn forventet må denne allikevel oppfylle sine forpliktelser uten krav på fristforlengelse og tilleggsbetaling, med mindre kontrakten gir grunnlag for noe annet. Det fremgår blant annet av egenrisikoen som ble nevnt ovenfor. Utgangspunktet må derfor være at partene bærer risikoen for sine forventninger.

Spørsmålet blir om den som rammes av en realisert risiko, helt eller delvis kan velte konsekvensene av risikoen over på den andre part¹³⁸.

Det må som det fremgår av den nevnte voldgiftsdom gå en grense for egenrisikoen. Flertallet henviser i denne forbindelse til en voldgiftssak¹³⁹ inntatt i RG-1992-728¹⁴⁰. Her gis begrunnelsen på side 743 ved at ellers ”måtte entreprenøren legge inn et betydelig risikotillegg i sitt anbud. Prissettingen blir mer rasjonell hvis entreprenøren kan basere anbudet på en normalsituasjon, med rett til å kreve tilleggsbetaling dersom forholdene viser seg å avvike så sterkt fra det normale at hans kalkyler sprekker helt.”

I de tilfeller partene ikke er jevnbyrdige vil den sterke part i noen grad kunne diktere sine vilkår og det kan igjen tilsi at offergrensen senkes for den andre part.

I den førstnevnte voldgiftsdom sluttet flertallet på side 46 at ”arkitektens detaljstyring av byggeprosessen må anses som en bristende forutsetning.” De uttaler videre at selv om entreprenøren på bakgrunn av kontrakten måtte regne med en del videreprosjektering så

¹³⁷ Se Hagstrøm, 2004, kapitel 12.

¹³⁸ Se Hagstrøm, 2004, s.243.

¹³⁹ Er omtalt av Hagstrøm, 1997, s.57 flg.

¹⁴⁰ Formann var professor Sjur Brækhus.

”avviker arten og omfanget av arkitektens detaljering så sterkt fra det forutsatte at grunnlaget for kalkylen for entreprenørens vederlag må sies å ha sviktet betydelig.” Det illustrerer at det er en grense for vederlagsrisikoen. Som det fremgår av Rt-1999-922 som siteres så kan entreprenøren ”bli tilkjent tilleggsvederlag dersom de byrder entreprenøren påføres står i klart misforhold til dem en kunne ta i betraktning da avtalen ble inngått.” Et annet moment som flertallet i voldgiftsdommen trekker frem var at ”arkitektens detaljering også har gitt bygget en ikke ubetydelig kvalitetsheving” og således tilført byggherren fordeler.

På bakgrunn av at kalkylen for entreprenørens vederlag var betydelig sviktet, samt at byggherren var blitt tilført en fordel så konkluderte flertallet med at entreprenøren måtte ”tilkjennes et tilleggsvederlag for følgene av urasjonell drift.”

Mindretallet er enig med flertallet om at kontraktsforholdet ikke egnet seg til en totalentreprise, men argumenterer med at entreprenøren på bakgrunn av sin kompetanse måtte være den nærmeste til å se dette. Videre uttaler mindretallet at denne måtte ha en oppfordring til å styre arkitekten, og i tillegg varsle byggherren om den rolle som arkitekten fikk, men at denne i stedet innrettet seg etter arkitektens handlemåte. Det var særlig den unnlatte varsling som var av betydning for mindretallet. En notifikasjon til byggherren måtte være et minimumskrav for å anvende bristende forutsetninger, da det ville gitt denne en ”anledning til å endre arbeidsmåten”. Mindretallet avslutter med at ”kostnadssprekken i første rekke [har] sin årsak i totalentreprenørens egen mangelfulle styring av prosjektet”. Voldgiftsretten var satt med tre særlig kompetente jurister, men var allikevel ganske uenige i resultatet. Flertallet la størst vekt på at arkitektens opptreden ”kom til å spille en styrende rolle i byggeprosessen som avviker sterkt fra entreprenørens styrings- og valgrett i en totalentreprise.” Videre så legger de vekt på entreprenørens ”frihetsgrad ved utformingen av bygget” og uttalelser fra arkitekten i denne forbindelse. Flertallet legger til grunn at en slik oppfatning ikke ”harmoniserer med prosjektmaterialet og med den valgrett entreprenøren har etter punkt 11.1”. Mindretallet la som nevnt størst vekt på entreprenørens unnfalleshhet både med hensyn til styring av arkitekt samt manglende varsling til byggherre.

Med hensyn til rettens særlige kompetanse på området, samt dissensens størrelse så gir rettens samlede uttalelser flere gode momenter ved vurderingen av om det foreligger grunnlag for revisjon ved totalentreprise. Avgjørelsen gir nærmere veiledning vedrørende forholdet mellom totalentreprenørens valgfrihet og byggherrens påvirkning, i dette tilfellet gjennom arkitekten. I lys av dissensen så angis grensen for totalentreprenørens egenrisiko og når denne kan nå frem med et krav om justering av kontrakten.

3 Generell vurdering

Fremstillingen har vist at totalentreprenøren har en resultatforpliktelse ved at den har risikoen for å fremskaffe et fungerende resultat i henhold til kontrakten. De utvalgte risikoområdene som har vært behandlet har stor betydning for den samlede kontraktsrisiko, og viser at risikofordelingen etter gjeldende rett er ganske avbalansert mellom partene, og i stor grad i samsvar med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Det må i samsvar med uttalelser fra revisjonskomiteen nevnes at enkelte deler av de områder fremstillingen tar for seg er vanskelig tilgjengelig¹⁴¹. Det gjelder særlig av hensyn til at standarden i stor grad anvendes av ikke-jurister. De bør derfor gjøres klarere og mer utfyllende.¹⁴² For øvrig burde standarden i noen grad bruke noter og henvisninger for således å skape en større oversikt.

På bakgrunn av partenes profesjonalitet og det særlige behov for forutberegnlighet så er det mindre rom for rimelighet. Partene må identifisere risiko og sikre seg ved kontrakt. Men de må arbeide innenfor de lojalitetsbetraktninger som det nære samarbeid tilsier. Når det gjelder metoden så er det fremholdt i teori at den i større grad enn ellers på kontraktsrettens område må bli induktiv¹⁴³. Det er uansett en realitet at mange tvister ikke lar seg løse ved

¹⁴¹ Det gjelder særlig lokale-og grunnforhold samt overdragelse av prosjekterende.

¹⁴² Det gjøres ved deklatoriske lover.

¹⁴³ Se fremstillingens punkt 2.2.

en ren kontraktstolkning. Det må derfor være grunn til å hevde at visse prinsipper vil legge føringer på tolkningen, og det vil særskilt gjelde hensynet til at risikofordelingen følger funksjonsfordelingen.

4 Litteraturliste

- Barbo: Jan Einar Barbo, Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko, Tano, Oslo 1990
- Buch: Anders Vestergaard Buch, Entrepriseretlige mangler – kravene til entreprenørens ydelse, 1 utgave/2 opplag, Forlaget Thomson A/S, København 2007.
- Eckhoff: Torstein Eckhoff, Rettskildelære, 5 utgave, Universitetsforlaget, 2000
- Hagstrøm: Viggo Hagstrøm, Entrepriserett Utvalgte emner, Vindern forlag, Oslo 1997.
- Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, 3 opplag 2004.
Universitetsforlaget Oslo
- Hørlyck: Erik Hørlyck, Totalentreprise, 2 utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994.
- Marthinussen: Marthinussen, Giverholt, Arvesen m.fl NS 8405 med kommentar, 2 utgave, Gyldendal Akademiske, Oslo 2006.

Sandvik: Tore Sandvik, Entreprenørrisikoen, 1966 Forlagt av Johan Grundt Tanum, Oslo

Vagner: Hans Erik Vagner, Entrepriserett, 4. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005

Tidskrifter

Hagstrøm, Selgers ansvar for tilsikrede egenskaper side 776, publisert (TFR-1987-761)

Norsk rettspraksis

RT-1917-673

RT-1968-783

RT-1984-962

Rt-1988-1078

RG-1992-728

RT-1999-922

TAHER-2003-16037

LB-2006-56001

LH-2007-102419

Voldgiftspraksis

Holmen Fjordhotell

Utenlands praksis

KFE-1978.15-VBA

Lover

NL-5-1-2

Bustadoppføringslova

Hånverkertjenesteloven

Kjøpsloven av 1988 nr. 27

Konvensjon om internasjonale løsørekjøp, av 11. april 1980 art. 40.

Norsk Standard

NS 3431

NS 3430

NS 8405

Personlig medelelse

Møte med medlemmer av revisjonskomiteen til NS 3431, herunder Hans Jakob Urbye 11. mars 2008.

